

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA

ESCUELA DE POSGRADO

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



**“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS
DE BAGATELA”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

PRESENTADO POR:

CELEDONIA ERLINDA QUICHCA QUISPE

AYACUCHO – PERÚ

2013

Dedicatoria:

Con amor, a mi familia.

A mi hijo Vladimir Alejandro, que es mi alegría y la razón de ser de mi vida.

A mi esposo Manuel, con quien comparto el ideal de hacer de nuestro hijo un hombre de bien.

A mi hermana Zuni, por apoyarme durante este proceso de aprendizaje.

Agradecimiento:

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
UNSCH.

ÍNDICE

<i>INTRODUCCION</i>	8
---------------------------	---

TÍTULO I LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES

1.1. Noción de Criterio de Oportunidad.....	11
1.2. El criterio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano.....	13
1.3. Sistemas de Regulación.....	13
1.4. Criterios de Oportunidad y Principio de Legalidad.....	14

CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

2.1. Antecedentes Históricos en la Legislación Peruana.....	15
2.2. Concepto de Principio de Oportunidad.....	18
a. Introducción	18
b. Definición.....	19
c. Característica.....	20
2.3. Requisitos de Aplicación.....	21
2.3.1 Convencimiento del delito y de la vinculación de su autor o partícipe.....	21
2.3.2 Consentimiento expreso del imputado.	21
2.3.3 Falta de necesidad de pena.....	23
2.3.4 Falta de merecimiento de pena.....	24
A. Delitos de bagatela.....	25
B. Mínima culpabilidad.....	28
2.3.5 Exclusión de Funcionarios Públicos.....	29
2.4. Procedimiento de Aplicación.....	30
2.4.1 Citación Previa.....	30
2.4.2 Audiencia Única de Conciliación.....	30
2.4.3 Consultas o Apelaciones al Fiscal Superior.....	32
2.5. La Reparación del Daño Ocasionado.....	33
2.6. El Acuerdo Reparatorio.....	34
A. Concepto.....	34

B. Objetivo.....	34
C. Atribuciones.....	34
D. Base Legal.....	34
E. Alcance.....	35
F. Procedimiento.....	35

CAPITULO III: <u>APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACION PERUANA</u>	38
3.1. Introducción.....	38
3.2. Aspecto procedimental.....	38
3.3. Aspecto funcional.....	45
3.4. Aspecto legal.....	46
3.5. Marco legal para la aplicación del principio de oportunidad.....	49

TÍTULO II
DESARROLLO SISTEMÁTICO DE INSTITUCIONES
COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA
IVESTIGACIÓN

CAPITULO I: <u>CONTROL SOCIAL Y POLITICA CRIMINAL</u>	58
1.1 El Control Social	58
1.1.1 El Derecho Penal.....	59
1.1.2 El Sistema Penal.....	60
1.1.3 El Proceso de Criminalización.....	61
1.1.4 Política Criminal.	63
1.2 Teoría de la Pena.....	66
1.2.1 Función de la Pena.....	66
1.2.2 Teorías de la Pena.....	67
A. Teorías Absolutas.....	67
B. Teorías Relativas.....	69
C. Teoría de la Unión.....	72
1.2.3 Función de Reestabilización de la Pena.....	73
1.3 La Reparación como Consecuencia Penal.	75
1.3.1 Introducción.....	75

1.3.2	Modelos de Inclusión de la Víctima.....	76
	A. Abolicionista.....	76
	B. Mixto.....	76
	C. Inclusivo – Preventivo.....	76
CAPITULO II:	<u>FUNDAMENTOS POLITICO CRIMINALES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD</u>	
2.1	Introducción.....	77
2.2	Razones Político-Criminales.....	79
2.3.	Balance.....	88

TÍTULO III

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DEL PROBLEMA

CAPITULO I:	<u>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u>	
1.1	Descripción de la Realidad Problemática.....	90
1.2	Formulación del Problema.....	92
	A. Problema Principal.....	92
	B. Problema Secundario.....	92
CAPITULO II:	<u>LA INVESTIGACION</u>	
2.1	Investigaciones Preexistentes.....	93
2.2	Delimitación de la Investigación.....	93
2.3	Alcances de la Investigación.....	94
2.4	Objetivos de la Investigación.....	94
2.5	Justificación e Importancia de la Investigación.....	94
2.6	Antecedentes de la Investigación.....	96
2.7	Metodología de la Investigación.....	106
CAPITULO III:	<u>FORMULACION DE LA HIPOTESIS</u>	
3.1	Hipótesis General.....	108
3.2	Hipótesis Específica.....	108
3.3	Variables e Indicadores.....	109
3.4	Identificación y clasificación de Variables.....	110
3.5	Operacionalización de Variables e Indicadores.....	111

3.6 Metodología de la Investigación.....	112
--	-----

CAPITULO IV: NIVEL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR PARTE DE LOS OPERADORES FISCALES Y JUDICIALES

4.1. Resultados de la aplicación del principio de oportunidad en el distrito judicial de Ayacucho.....	115
--	-----

TITULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 <u>CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL</u>	131
4.1.1 Variables independientes.....	132
4.1.2 Variables dependientes.....	136
<i>CONCLUSIONES</i>	145
<i>RECOMENDACIONES</i>	149
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	153
<i>ANEXOS</i>	157

INTRODUCCION

La presente investigación titulada “Aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela”, abordará el problema principal ¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?. Visto que la figura de la aplicación del principio de oportunidad fue introducida recientemente en nuestro ordenamiento penal, esta Institución generará un cambio fundamental en la cultura procesal penal peruana, por cuanto permitirá al fiscal optar por la no acusación aún en el evento de encontrar el mérito suficiente para hacerlo, no en el ejercicio de una facultad discrecional absoluta sino limitada a la existencia de unos requisitos taxativamente contemplados en la ley. Esta modificación en las funciones y facultades de la Fiscalía hace necesario el estudio y la ubicación de la mencionada figura dentro de la estructura del nuevo proceso penal para establecer el real alcance que ella pueda tener al ser aplicada en los casos concretos de las diferentes conductas investigadas.

La presente investigación posee como objetivo principal: Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela. Y como objetivos secundarios: a) Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso) en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela. b) Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad intra proceso en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela. c) Identificar los vacíos o deficiencias de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela. d) Establecer los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela.

Como hipótesis general se ha esbozado la siguiente: Las implicancias en la aplicación del principio de oportunidad presenta deficiencias, por la inobservancia de la norma respectiva de los operadores y partes procesales, en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela.

Se estudiará el ordenamiento penal nacional, leyes especiales nacionales, internacionales y del derecho comparado referente a la aplicación del principio de oportunidad en la comisión de los delitos de bagatela basándose en experiencias internacionales preexistentes. Además se presentará como propuesta un estudio doctrinario comparativo de la aplicación del principio de oportunidad en sistemas legislativos relacionados a la materia de investigación.

En cuanto a la metodología de investigación, esta será una investigación descriptiva, explicativa, correlacional y comparativa, con preeminencia doctrinaria y jurisprudencia.

El Primer Título “CRITERIOS DE OPORTUNIDAD”, aborda las Nociones Generales y el tema que nos ocupa que es el Principio de Oportunidad, concepto, características, su aplicación en la legislación peruana. Así mismo afirma la necesidad en casos en los que se produce una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando la responsabilidad del imputado resulta escasa, que el fiscal y el imputado decidan sobre continuar el proceso o sustanciarlo en una forma alternativa sin llegar hasta un juicio oral. Ambos se hallan facultados para negociar, tomando en cuenta los intereses de la víctima, acerca del no ejercicio de la acción penal a cambio del otorgamiento de una reparación por el daño ocasionado. De esta manera se abre en el campo penal un espacio para el consenso.

El Segundo Título de la tesis apunta al tema del control social en un Estado de Derecho garantizado a través de la expansión del derecho penal que debe quedar reducido a su mínima expresión en garantía del principio de legalidad, estableciendo la necesidad de evaluar los intereses del Estado en su conducta punitiva y determinando la intervención de la sociedad en el cumplimiento de los fines que éste persigue, sin perder de vista el interés social. Para establecer un verdadero proceso penal, dentro de este Título se valora los fundamentos políticos criminales de la aplicación del principio de oportunidad, es decir, la función del Ministerio Público como una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, determinando sus fines principales, como lo son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país con lo que se delimitan las facultades de investigar y acusar.

El Planteamiento del problema así como las razones que propician la oportunidad en el proceso penal son muy variadas, por lo cual se desarrollan en el Título Tercero del trabajo investigativo, estando entre ellas: La búsqueda de la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos que merecen el concurso del derecho punitivo, favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la búsqueda de la celeridad procesal, la revitalización de los objetivos de la pena, la ratificación del principio de igualdad, la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y contribuir a la consecución de una justicia material por sobre la formal, entre otros.

La Contrastación de Hipótesis se encuentra desarrollada en el Título Cuarto y último de la tesis, pues necesariamente debe ser vista en el ámbito penal del derecho, actualmente el proceso penal propio de un Estado democrático de derecho tiene por fines, tanto la satisfacción de los intereses del Estado en la aplicación del *ius puniendi* como el resguardo del derecho a declarar a la igualdad como manifestación de libertad del ciudadano inocente, la reparación de la víctima y la reinserción del imputado a la sociedad.

Entonces, pues, la aplicación de los criterios de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal armoniza, indiscutiblemente, con tales fines. Es decir que la necesidad que el Ministerio Público aplique en forma directa el principio de oportunidad radica en una atención pronta del caso, con búsqueda de una solución afín a los principios del proceso penal y a sus fines, ya que la oportunidad no retarda la justicia sino permite descongestionar el sistema de justicia, cumpliendo con la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad, aplicando el criterio de oportunidad.

LA AUTORA

TITULO I

LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES

1.1. NOCION DE CRITERIO DE OPORTUNIDAD:

Antes de abordar el tema en su detalle, explicaremos cómo y por qué razón es que los criterios de oportunidad aparecen en el Derecho Procesal Penal Peruano.

Por muchos años el sistema penal ha sido duramente cuestionado porque no respondía a las necesidades del Estado en cuanto al control punitivo, eficaz y oportuno. Es por ello que en tales circunstancias, debían asumirse criterios de simplificación que permitan corregir los excesos del sistema legal preponderante, permitiendo no solo dar eficacia al sistema sino llegar oportunamente al destinatario de este.

Con el transcurrir de los años las sociedades han ido progresando y comenzaron a instalar y perfeccionar las diversas garantías y derechos de la administración de justicia, lo que provocó la formación y la configuración de sistemas procesales; sin embargo y de manera paralela, la densidad poblacional, la pérdida de valores y el incremento de necesidades de consumo, provocaron el aumento de la criminalidad, y con ello, sobrecargaron y congestionaron el desenvolvimiento del sistema; de forma tal que surgió la necesidad de buscar salidas o mecanismos que posibiliten dar solución pronta al conflicto jurídico – penal; dentro de los cuales aparecen los criterios de oportunidad, cuyo sustento no es precisamente el aspecto represivo sino la ausencia de necesidad de reproche penal, ya sea en virtud del hecho mismo (mínima culpabilidad del agente, escasa gravedad de la infracción penal, mínima afectación al interés público) o en mérito al acuerdo conciliatorio para el resarcimiento del daño a favor de la víctima del delito.

Dentro de las dificultades del sistema procesal, podemos mencionar los siguientes:

- La inexistencia de salidas alternativas que posibiliten una solución rápida del conflicto jurídico-penal, pues iniciado un proceso este no podía interrumpirse, suspenderse o cesar hasta que no se agoten todas sus etapas y se genere una decisión judicial que solucione el problema planteado.
- Monopolio del Estado de la persecución penal, pues se atribuyó la potestad de solución de conflictos derivados del delito a través de sus funcionarios.
- Imposibilidad del Estado de perseguir y sancionar todos los conflictos, dado que no cuenta con infraestructura, materiales, equipos ni personal idóneo, lo que origina sobrecarga procesal.

Ante estas dificultades y con la finalidad de disminuir la carga procesal y pronta resolución de casos, el legislador incorporó en nuestra legislación los Criterios de Oportunidad. Mediante esta “nueva corriente” procesal se buscan rápidas y efectivas soluciones a los conflictos sociales con relevancia penal y de menor gravedad o afectación al bien jurídico protegido.

El criterio de oportunidad [principio de oportunidad o acuerdo reparatorio] permite al representante del Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal, pero sólo es aplicable en los casos establecidos en el ordenamiento procesal penal. Sin embargo, existe polémica respecto al momento de su procedencia.

A manera de conclusión, podemos afirmar que los criterios de oportunidad constituyen salidas alternativas del proceso penal. Si bien no hay consenso entre los autores acerca de cuáles son exactamente estas salidas alternativas, algunos incluyen en éstas, al principio de oportunidad y al acuerdo reparatorio; en tanto que, para el Ministerio Público, las salidas alternativas son, además de las ya mencionadas, el proceso inmediato y la terminación anticipada, aunque si bien, estos últimos, son procedimientos simplificadores del proceso, no constituyen una vía diferente al sistema penal para solucionar una disputa.

Sin embargo, si partimos de una concepción más amplia de salidas alternativas del proceso penal, debemos entenderlas como mecanismos de solución al conflicto jurídico penal, que permiten poner fin a la controversia sin tener que llegar al juicio oral, en ese entendido, si corresponde ubicar al PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD como una salida alternativa; y con mayor razón si partimos de la premisa de que las salidas alternativas fueron concebidas como una forma de reparación inmediata del daño causado a la víctima; y que su aplicación está condicionada a garantizar que la víctima obtenga justicia cuanto antes.

1.2. EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Como antes se aludió, una posible justificación para legislar sobre los criterios de oportunidad fue la cada vez más creciente cantidad de litigios penales y, en algunas realidades –como la nuestra-, los reducidos recursos humanos y materiales; por lo que, asumiendo dicho razonamiento que se configuran como mecanismos que suponen un notable acortamiento de los trámites procesales con ahorro de recursos materiales y humanos. Sin embargo, dicha explicación resultaría no muy técnica para la dogmática jurídico penal; en tanto sostiene que su legislación se debe a la adopción de modernas teorías como la adecuación social de la conducta.

Sin embargo, atendiendo precisamente a su regulación en el “nuevo” Código Procesal Penal (NCPP), se asume el criterio de oportunidad como una facultad del fiscal, quien ante la presencia de determinados conflictos penales puede abstenerse de ejercitar la acción penal o solicitar el sobreseimiento del proceso existente.

Asimismo, se define a los criterios de oportunidad como un mecanismo discrecional y reglada por ley, que permite, en caso sea invocada “extra proceso” la abstención del ejercicio de la acción penal; y si es “intra proceso” el sobreseimiento de la acción penal.

1.3. SISTEMAS DE REGULACIÓN

A. Sistema de oportunidad libre o discrecional

Sistema característico del derecho anglosajón y norteamericano; según la cual el acusador [fiscal] ejercita la acción penal luego de negociar con el investigado, sin sujetarse a reglas preexistentes. Es decir, el Juez solamente se limita a decidir sobre la base de los términos de la negociación. En tal sentido, el Fiscal tiene amplio margen de discrecionalidad o libre disponibilidad de la persecución penal.

B. Sistema de oportunidad reglada o tasada

Es propio del derecho Europeo Continental o Romano-Germánico; rige en países europeos como Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España entre otros. La característica principal de este sistema es que la legalidad es la norma, admitiéndose como excepción el Principio de Oportunidad; es decir, la Ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por no continuar el curso del proceso, y por regla general, está sujeto a la aprobación de un Tribunal para que adquieran carácter de cosa juzgada material.

En nuestro país, Tomás Aladino Gálvez Villegas, William Rabanal Palacios y Hamitol Castro Trigoso, señalan que conforme se desprende de la regulación del Nuevo Código Procesal Penal se adoptó el sistema Europeo Continental, en los criterios de oportunidad.

1.4. EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Conforme lo señala Julián López Masle, el principio de legalidad enuncia que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio.¹

Por su parte, Julio Maier señala que frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del Ministerio Público, el deber de promover la persecución penal, ante la noticia de un hecho punible en procura de la decisión judicial que solucione el caso.²

A partir de las apreciaciones doctrinarias antes indicadas, podemos afirmar que por imperio del principio de legalidad, una vez que el Ministerio Público toma conocimiento de un hecho con relevancia para el Derecho Penal, está obligado a promover la acción penal y a impulsarla hasta lograr concretar la pretensión punitiva del Estado –si es que se dan estas condiciones- o hasta que se emita un pronunciamiento jurisdiccional acorde con la ley.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, se trata de una regla general que puede tener excepciones, pues en las legislaciones procesales modernas, por razones político-criminales se han introducido los criterios de oportunidad que autorizan a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible.

¹ HORVITZ, María y LOPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p.78.

² MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1996, p.828.

CAPITULO II

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS EN LA LEGISLACION PERUANA

El principio de oportunidad tiene su origen en la imposibilidad del Estado de intervenir oportuna y eficazmente para la sanción de todos los conflictos derivados de un delito, lo que generaba a su vez la existencia de excesiva carga procesal, por lo que se adoptó soluciones como el “principio de oportunidad” que apunta además a aliviar la carga procesal y tratar de componer los conflictos que ocasiona el delito sin ir hasta el final del proceso.

El Derecho penal peruano se remonta desde la época precolombina. El jurista peruano Javier Vargas afirma que existió un sistema jurídico preinca, obviamente con normas mandatorias e irrecusables entre los grupos étnicos anteriores a los incas. Lamentablemente no se tiene fuentes idóneas y puras para su reconstrucción exacta, se carece de mayores datos de esa época, ya que la cultura peruana no poseyó en sí una forma de escritura para que se pueda efectuar un análisis de su sistema penal, como si lo tuvieron otras culturas más adelantadas de su época; pero encontramos en muchas piezas de cerámicas, representaciones sobre el estudio de la sanción punitiva, tal es el caso de las culturas mochica o moche en la costa peruana y que se hace extensiva a otros grupos tribales existentes en la costa y sierra de territorio peruano.

En cambio sí se puede indicar algunos aspectos procesales, desde la época del incanato, por cuanto la información es variada y rica en contenido, lo que permite realizar una aproximación mucho más eficaz de su sistema jurídico penal; donde se notó en aquel tiempo el predominio del derecho penal sobre el civil, aunque en ambos casos se objetivizaba la voluntad de Estado, que actuaba en el segundo caso, como una entidad superior en medio de la disputa de dos litigantes que eran personas “privativas” con el fin de perseguir una reparación civil, mientras que el Derecho Penal, remplazaba eventualmente a uno de ellos –en este caso al agraviado- asumiendo la función de perseguir al delincuente para efectivizar una sanción penal, sólo por

creencias mágicas, como por ejemplo del “cadáver viviente” pues se violaban las tumbas de sus antepasados en persecución al reo.

El carácter intimidatorio de la penalidad en el Estado de los Incas, fue notoriamente rigurosa. Entre ellos, la pena de muerte con la decapitación, la hoguera, la incineración, el descuartizamiento, emparedamiento, el despeñamiento, el flechamiento, el arrastramiento entre otros de severa crueldad, además, castigos corporales, penas privativas de libertad y el destierro.

La importancia atribuida a la tentativa, a las circunstancias atenuantes, al castigo de ciertos actos cuya realización no implicaba daño privado o era considerado de poca gravedad o insignificancia, podía funcionar con la aquiescencia y hasta con el agrado del agraviado, como en los casos de honra, con el corte de cabellos, la exposición a la vergüenza pública entre otros, o en su caso también se daba el perdón al delincuente –se podría decir, que era una forma de tratar de llegar a criterios de oportunidad libre-, porque a veces se toleraba la venganza privada, dejando el Estado la persecución del delincuente a iniciativa del agraviado.

El Derecho castellano, fue el producto de influencias romanas, germanas canónicas principalmente. Fue imputado durante la conquista por los españoles a los habitantes peruanos, dando inicio a un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de grupos, que unificaba la dominación inca, la misma que constituía el “imperio incaico”. Los españoles trajeron e impusieron su Derecho, incorporando instituciones o costumbres, que beneficiaban sólo a ellos. Posteriormente con los colonizadores, se dio las “Leyes Indias“, que en cierto modo, reconocido en algo los derechos de los nativos, dándose el Derecho penal en la República.

La conquista de los españoles impuso en nuestra legislación peruana, un sistema jurídico procesal penal “inquisitivo”, y al proclamarse la independencia en 1821, tampoco se produjo una revolución cultural coherente con la inspiración liberal, “ya que al ponerse en vigencia el Código de 1863 se continuaba con el predominio inquisitivo. Fue con la puesta en vigencia del Código de 1920 que se cambió con un “modelo Mixto”, posteriormente en el Código de 1940 -aún vigente en algunos distritos judiciales se refuerza la idea del modelo “mixto inquisitivo” en que se divide el proceso penal ordinario en dos etapas: La instrucción y el juicio oral” .

En sus 185 años de convulsionada vida republicana, el Perú a puesto en vigencia tres Códigos de Procedimientos Penales (Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863; Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y Código de Procedimientos Penales de 1940), y dos Códigos Procesales Penales (CPP de 1991 -que no entro en vigencia- y CPP 2004 que se encuentra aún en vacatio legis casi en todo el resto del país, con excepción de los Distritos Judiciales de Huaura y la libertad).

No existe pues, mucha información sobre la data exacta de los antecedentes de los vestigios de Oportunidad en nuestro ámbito penal peruano. No se encuentran establecidos en ninguna norma desde que se positivizaran las leyes en el Perú. Como vemos, sobre todo no se ha incluido en ninguno de nuestros antiguos códigos referentes en materia procesal penal, como son: Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, ni en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Sin embargo recién encontramos por primera vez, en el Código Procesal Penal de 1991 y ahora último en el nuevo Código Procesal Penal de 2004 –que aún se encuentra en “vacatio legis” en gran parte del territorio de la República-. Como precedente legislativo, a estos, se encuentran en los trabajos complementarios del Código Procesal Penal Modelo para Ibero América, elaborado principalmente por Maier y que reproduce el texto del Proyecto del Código Procesal Penal de Argentina de 1986.

En consecuencia, el Principio de Oportunidad, como una institución jurídica extranjera ha sido admitido en nuestro ámbito procesal penal, debido al incremento del fenómeno delictivo de nuestros tiempos, además de otros aspectos resaltantes del derecho penal moderno. Debiendo el Fiscal, resolver en el tiempo más corto y oportuno todos los conflictos generados por la escasa mediana delincuencia, para concentrar su atención sobre todo delitos de suma gravedad.

Si bien es cierto este principio fue integrado en 1991, también es cierto que éste, recién fue utilizado a partir de 1995, cuando la Fiscalía de la Nación, mediante Circular N° 006-95.MP-FN, estableció que los fiscales deberían utilizar esos criterios. Lamentablemente, se ha podido estadísticamente establecer que en la mayoría de las Fiscalías Provinciales Penales se utilizaron estos criterios escasamente

e incluso en algunas Fiscalía Mixtas nunca aplicaron. Motivo por el cual la Fiscalía de la Nación en el 2001, procedió implementar un plan piloto al crear fiscalías especializadas para la aplicación del Principio de Oportunidad, mediante Resolución N° 200-2001-CT-MP, que han centralizado su utilización sólo en el ámbito de Capital de la República.

Pese a tener más de una década en nuestra legislación procesal penal peruana, aún no es utilizado en gran escala como debe serlo, sino es aplicado muy limitadamente, que ni siquiera alcanza el uno por ciento de las denuncias o investigaciones que reúnen para ser utilizadas. Tal vez sea, porque no se verifican reflexivamente todos los presupuestos determinados en la norma penal adjetiva.

2.2. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

a. Introducción

Nuestro ordenamiento procesal penal se rige por el principio de legalidad. Solo algunas manifestaciones de este principio se han visto alterados con la introducción de los criterios de oportunidad, sobre todo aquellas que tienen que ver con las facultades que la ley asigna al Fiscal en el inicio del proceso. Así, el principio de obligatoriedad estricta, conforme al cual el Ministerio Público estaba obligado a ejercitar la acción penal ante toda *notitia criminis* que llegaba a su conocimiento. Por otro lado, la institución de la oportunidad repercute en el carácter indisponible de la acción penal, cuya base teórica se identifica con el principio de legalidad en el sistema de justicia criminal europeo continental, sistema que nuestro modelo procesal penal sigue.

Sin embargo, tanto el principio de obligatoriedad como el carácter indisponible de la acción penal se mantienen como una regla general en el accionar del Ministerio Público. Lo que ha hecho el legislador al introducir las pautas de oportunidad es fijar legalmente los casos en que la regla de la obligatoriedad –que ya no debe entenderse en forma estricta- puede ser dejada de lado por el Fiscal y, además, circunscribir la disponibilidad de la acción penal tratándose de delitos de escasa relevancia social³.

³ CHOCANO NÚÑEZ, Percy. *Teoría de la actividad procesal*, Rhodas, Lima, 1999, pp. 211 y siguientes.

Por esta razón, para Palacios Dextre y Monge Guillergua, el denominado “principio de oportunidad”, que tiene una vigencia parcial en nuestro sistema de justicia penal, solo se puede conceptuar en forma restringida, teniendo como punto de referencia el principio de legalidad y todo lo que éste implica en el modelo de proceso acusatorio-garantista⁴.

b. Definición

En forma restringida, conforme a lo manifestado, la definición del principio de oportunidad que más se amolda a las exigencias arriba señaladas es la que ofrecen Gimeno Sendra y Claus Roxin. Así, el primero considera el principio de oportunidad como: “(...) la facultad que el titular de la acción penal tiene, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”⁵; mientras que, el segundo considera que “(...) por principio de oportunidad debemos entender aquél que permite al fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”⁶.

Para Maier, de forma restringida, define al principio de oportunidad como “...la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho o, inclusive, de la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales.”⁷

De otro lado, en forma amplia, Cafferata Nores dice que “(...) por principio de oportunidad debe entenderse la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción penal pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar

⁴ PALACIOS DEXTRE/MONGE GUILLERGUA, *El principio de oportunidad...*, pp. 32 y siguientes.

⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. *Proceso penal*, Tiran lo blanch, Valencia, 1993, p. 55.

⁶ PALACIOS DEXTRE/MONGE GUILLERGUA, *El principio de oportunidad...*, p. 34.

⁷ MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*, Tomo I, Desalma, Bs. As., 1989, p. 555.

definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”.⁸

Por último, en el Perú, para Melgarejo Barreto el principio de oportunidad, o llamado también “criterios de oportunidad”, “...es la facultad que tiene el Fiscal Provincial, bajo determinadas condiciones establecidas en la ley, de abstenerse de continuar con el ejercicio de la acción penal pública; comprobando la existencia de suficientes elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación del imputado en su comisión; debiendo además contar con la aceptación de éste último, para su aplicación.”

c. Característica

Para Palacios Dextre y Monge Guillergua la característica principal del uso de los criterios de oportunidad se halla en el hecho de que su implementación corresponde a un modelo “integrador”⁹. Conforme a éste, debe integrarse en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora del conflicto que el crimen exterioriza, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por aquél, y la propia pacificación de las relaciones sociales. Puede hablarse, por ello, de un modelo integrador, ya que procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema criminal, con armonía y ponderación.

El modelo “integrador”, conforme a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, redefine el propio ideal de justicia. Concibe el crimen como conflicto interpersonal concreto, real, histórico, rescatando una dimensión de este que el formulismo jurídico había neutralizado. Orienta la respuesta del sistema más a la reparación del mal que el infractor causó a “su” víctima, a las responsabilidades de éste y las de la comunidad, que el castigo mismo. Se propone, pues, intervenir en dicho conflicto constructiva y solidariamente, sin metas represivas, buscando soluciones preventivas¹⁰.

⁸ CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 2000, p. 32.

⁹ PALACIOS DEXTRE/MONGE GUILLERGUA, *El principio de oportunidad...*, p. 34.

¹⁰ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 990 y siguientes.

2.3. REQUISITOS DE APLICACIÓN

Para la aplicación de estos criterios de oportunidad, el Fiscal Provincial podrá en algunos casos y deberá en otros, abstenerse de ejercitar la acción penal cuando concurren ciertos requisitos exigidos expresamente en la norma procesal penal, pudiendo ser estos concurrentes o excluyentes entre sí. Los requisitos para la aplicación del principio de oportunidad son:

2.3.1. Convencimiento del delito y de la vinculación de su autor o partícipe

Para Melgarejo Barreto, lo primero que debe tenerse en cuenta, de la denuncia, investigación preliminar realizada por la autoridad policial -informe policial- o en el Despacho Fiscal, o en su caso cuando ya se ha formalizado a nivel judicial (con el nuevo Código Procesal Penal se denomina, promover la acción penal, durante la Investigación Preparatoria), es que necesariamente deben comprobarse indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia del delito que se imputa, y la vinculación de su autor o partícipe en su comisión¹¹.

El Fiscal Provincial, como titular del ejercicio de la acción penal pública y defensor de la legalidad, debe estructurar correctamente el tipo penal, adecuando la conducta típica en base a los elementos descriptivos y normativos (fase objetiva del tipo) y la voluntad del sujeto agente, que actúa con “dolo” o culpa (fase subjetiva del tipo). En consecuencia, el Fiscal debe tener el convencimiento de que la conducta se encuadra al tipo penal descrito pues, de no ser esto así, no debe utilizarse estos criterios de oportunidad y la denuncia al no tener contenido penal deberá archivarse definitivamente ya que el hecho devendría en atípico.

2.3.2. Consentimiento expreso del imputado

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el imputado sin presión alguna, preste su consentimiento expreso por el hecho delictivo que se le ha investigado preliminarmente, o se le viene investigando formalmente; aceptando conscientemente ser autor o partícipe del hecho delictivo denunciado por cuanto

¹¹ Ob. Cit. Pág. 56.

en el nuevo Código Procesal Penal de 2004, en su segundo artículo, se precisa: “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento (...)”; mientras que en el Código Procesal Penal de 1991 se indicaba: “El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado (...)”.

En ese sentido, no basta que el imputado acepte su responsabilidad de buenas a primeras, sino antes, el Fiscal deberá haber realizado previamente un estudio u análisis de todo lo actuado, para estar convencido que la denuncia constituye un hecho delictivo y el imputado se encuentra vinculado como presunto autor o partícipe.

Es muy importante que el imputado comprenda tener las condiciones de autor de un hecho delictivo y preste su consentimiento. La norma referente al principio de oportunidad en el Código Procesal Penal de 1991, había sufrido una modificación al haberse agregado un párrafo mediante Ley N° 27664, en la que se establece que ya no era necesario que el imputado preste su consentimiento, sólo bastaba un acuerdo extrajudicial. Es decir el Fiscal ya no podía formularle al imputado la pregunta si acepta o no su consentimiento para la aplicación de este principio, ni éste podría tener conocimiento de su culpabilidad o no advertía sobre ello.

En realidad es el imputado, quien debe aceptar o prestar su consentimiento para que el representante del Ministerio Público utilice los criterios de oportunidad. No obstante un acuerdo extrajudicial no garantiza que el imputado haya aceptado ser autor o partícipe del hecho delictivo, (sólo puede ser considerado como un acuerdo preparatorio). Porque se dan casos en que éste por no querer seguir con problemas judiciales, acepta pagar la reparación civil sin aceptar su responsabilidad penal, o también se daría que no reúne los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal; consecuentemente mal se habría estado utilizando este supuesto. En cambio con el nuevo Código procesal penal, esta irregularidad ya ha sido superada, ya que es preciso al indicarse que el documento extrajudicial, está referido para el acuerdo de la reparación civil.

2.3.3. Falta de necesidad de pena

El criterio de oportunidad por falta de necesidad de pena está contenido en el literal a), del inciso 1, del artículo 2° del Nuevo Código Procesal Penal, que faculta al Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, para abstenerse de ejercitar la acción penal: “cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada”. A este supuesto se le denomina, también, “*poena naturalis*”. En este caso la pena se hace innecesaria, pues, en base al principio de proporcionalidad, de imponerse una sanción al imputado, se acrecentaría innecesariamente el sufrimiento que el mismo se ha causado al cometer el delito¹².

Sin embargo, sea el delito doloso o culposo, las consecuencias del ilícito penal cometido deben afectar gravemente al autor, “de tal manera que éstas deben verificarse ya sea como daño corporal, esto es como un grave daño a su salud o integridad física o, de índole económico, es decir, con un evidente perjuicio a su patrimonio; o también, de carácter psicológico o emocional que ha de manifestarse con un notorio sufrimiento y angustia”¹³.

El daño grave puede recaer tanto sobre el autor como sobre una tercera persona vinculada directamente a él. Por ejemplo, el sujeto que al incendiar el automóvil de otro, se quema gravemente el cuerpo quedando minusválido, o el caso en el que el chofer, al retroceder negligentemente su vehículo, atropella a su hijo menor de edad que lo iba a despedir. En el primer ejemplo, la conducta delictiva afecta directamente al autor, en el segundo se puede afirmar que el autor también resulta afectado, pero no de forma “directa” en la medida que se ha afectado, involuntariamente, un bien jurídico ajeno: la vida o la salud de su hijo.

Se descarta, para los efectos de la aplicación de este criterio de oportunidad, las consecuencias que el implicado o denunciado quiso causarse a sí mismo o al menos previó como posibles. Por ejemplo, casos de automutilación o de utilización de artefactos explosivos a sabiendas de su impericia o del riesgo

¹² TORRES CARO, Carlos Alberto. *El principio de oportunidad*, ADELESA, Lima, 1998, p. 19) “el fundamento de este supuesto se encuentra en que si se intenta evitar una doble pena para el causante del delito, puesto que la pena a imponérsele solo acrecentaría el propio daño inferido.”

¹³ *Ibidem*.

excepcional que genera su utilización empírica. Para Palacios Dextre y Monge Guillergua lo más importante es llegar a la conclusión de que la grave afectación que el delito ha producido en el propio denunciado o implicado hace innecesario acudir a la sanción penal, en ese sentido, afirman que: “Se debe considerar que las razones que fundamentan y legitiman la aplicación de la pena, vinculadas tanto a la comprensión jurídico-penal por el delito perpetrado y al grado de culpabilidad puesto en su comisión, cuanto a la prevención general y especial, resultan inaplicables en el presente caso: la pena, en virtud al padecimiento del imputado por su propia conducta, resultaría manifiestamente desproporcionada.”¹⁴

2.3.4. Falta de merecimiento de pena

La falta de merecimiento de pena opera como una pauta de oportunidad aplicable en casos donde se ha producido una leve afección a los bienes jurídicos penalmente tutelados o el accionar del agente revela una escasa culpabilidad. Asimismo, cuando falta interés público en la persecución del delito. Su aplicación dependerá de que el imputado haya satisfecho el interés reparatorio de la víctima al aminorar o extinguir el daño ocasionado o que exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

El art. 7° del Reglamento de Aplicación de Principio de Oportunidad (Resolución N° 1470-2005-MP-FN) establece que la abstención del ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de pena), requiere que se tenga en cuenta lo siguiente:

- Que los delitos considerados sean aquellos cuya pena en su extremo mínimo no sea superior a los dos años de pena privativa de libertad.
- Que se trate de delitos que, por su insignificancia o poca frecuencia, no afectan gravemente el interés público.
- Están expresamente excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

¹⁴ PALACIOS DEXTRE/MONGE GUILLERGUA, *El principio de oportunidad...*, pp. 39 y 40.

A.- Delitos de bagatela

La comprensión de los delitos insignificantes o de bagatela, como uno de los presupuestos necesarios para la aplicación del principio de oportunidad, para Palacios Dextre y Monge Guillergua, responde a la necesidad de hacer frente a la pequeña criminalidad masificada o a aquella que no produce una grave afección a los bienes jurídicos penalmente tutelados¹⁵. Se trata de una forma de descongestionar la labor de la administración de justicia, dirigiéndola, en cambio, a la efectiva persecución y sanción de la criminalidad más grave. Por otro lado, la abstención del ejercicio de la acción penal en el caso de delitos de bagatela es un mecanismo a través del cual se procura tratar proporcionalmente los conflictos sociales generados por el delito. En estos casos resulta innegable que la apertura automática de una investigación penal, en aras de asegurar el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal sería totalmente desproporcionada y dejaría de lado los intereses reparatorios de la víctima para satisfacer solo los intereses del Estado en la persecución del delito y la aplicación del *ius puniendi*¹⁶.

Tomando en cuenta estas consideraciones, el legislador nacional ha establecido que para que el Fiscal aplique esta pauta de oportunidad se requiere:

1. *Que el delito sea insignificante o poco frecuente.* Los delitos insignificantes son aquellos que tienen un mínimo contenido de injusto o escasa lesividad. Para que el fiscal pueda definir la insignificancia del delito ha de tener en cuenta la conminación penal respectiva, que constituye un primer marco de definición y fundamentalmente, debe apreciar, siguiendo lo dispuesto en el Art. 46° del Código Penal, los principios de determinación de la pena, es decir aquellos factores vinculados a la determinación de la magnitud del injusto, tales como:
 - a) La naturaleza de la acción: importancia y afectación del bien jurídico tutelado por el tipo penal;

¹⁵ PALACIOS DEXTRE/MONGE GUILLERGU, *El principio de oportunidad...*, p. 41.

¹⁶ Teresa ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, p. 24.

- b) Los medios empleados en la comisión del delito, observando la entidad lesiva de los mismos o su capacidad para vulnerar bienes jurídicos;
- c) La extensión del daño o peligros causados; y,
- d) Las circunstancias agravantes y específicas contenidas en el Código Penal.

La poca frecuencia del delito es otro motivo para que el fiscal se abstenga de promover la acción penal. Para San Martín Castro “se trata de un criterio cuantitativo que persigue garantizar que el Fiscal, siempre que la reiteración delictiva origine fundada alarma social, promueva la acción penal”¹⁷.

Requisito común para los supuestos de insignificancia y poca frecuencia es la falta de interés público en la persecución. El artículo 10° de la Circular N° 006-95-MP-FN establece que para valorar el interés público en la persecución, el fiscal considerará aquellas circunstancias que determinan la finalidad de la pena, es decir, los elementos ponderativos fijados en el Artículo 46° del Código Penal, especialmente debe advertir el modo de comisión del delito, la habitualidad del mismo o razones similares (incisos 1, 2, 3, 4 y 7 del artículo 46° del Código Penal); así como el grado de los deberes infringidos, el móvil del delito y los antecedentes o la habitualidad del agente (incisos 3, 6, 8 y 11 del artículo 46° del Código Penal). También debe valorar aquellas causas justificativas incompletas, previstas en los incisos 3, 4, 8, 9 y 10 del artículo 20°, concordante con el artículo 21° del Código Penal.

2. *Que no afecte gravemente el interés público la renuncia a su persecución.* El interés público en la persecución, en este supuesto, existe cuando la comisión del delito perjudique la paz jurídica por encima del círculo vital del agraviado y su entorno inmediato y, por tanto, ocasione fundada alarma social (art. 9°, inciso b), de la Circular N° 006-95-MP-FN).

Los elementos que deben ser ponderados a efectos de aplicar los criterios de oportunidad por “falta de interés público en la persecución” son: a) el grado

¹⁷ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, Volumen 1, Grijley, Lima, 2000, p. 232.

de prevención de la necesidad de sanción y la carga o gravamen que supone para el acusado el cumplimiento de las condiciones y mandados, en relación con el grado de interés que exista en la persecución; b) las circunstancias penalmente relevantes del caso, así como otras relacionadas a perspectivas de prevención general (como, por ejemplo, que no se pierda la confianza de los ciudadanos en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico-penal) o especial (la conformidad previa del acusado, no en cuanto requisito, sino por su significado de colaboración); c) por otra parte, sin olvidar el aspecto esencial a tener en cuenta, esto es, que la finalidad preventivo sancionadora no se vea perjudicada por la no imposición de la correspondiente medida, deberá calibrarse igualmente: la falta de preparación del delito, la compensación de los daños producidos y, en sentido negativo, determinados antecedentes penales, precedentes o específicas formas delictuales que evidencian una determinada intensidad criminal¹⁸.

3. *Que la pena mínima no sea mayor a los dos años de privación de libertad o que no se trate de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio del cargo.* La exclusión de los “delitos insignificantes” cometidos por los funcionarios públicos

No impide la aplicación de esta modalidad de abstención del ejercicio de la acción penal, el que el marco máximo de la pena supere los dos años, desde que el factor determinante se circunscribe al *minimum* legal. También están comprendidos, los tipos legales que tienen previstas otras penas, tales como multa, restrictivas de derechos y restrictivas de la libertad, aún cuando se apliquen conjunta o accesoriamente con la pena privativa de libertad (art. 9º, inciso a), de la Circular N° 006-95-MP-FN).

Solo si se dan estos supuestos restrictivos, puede calificarse que el interés público en la persecución del delito no se afecta gravemente. En la jurisprudencia alemana se ha venido sosteniendo que existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del “círculo vital” del

¹⁸ PALACIOS DEXTRE/MONGE GUILLERGUÍA, *El principio de oportunidad...*, p. 99.

perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad.

También se requiere, que el delito sea insignificante o de mediana gravedad que no afecte gravemente a la sociedad o interés público –escaso impacto social- los llamamos delitos de “bagatela” o de poca monta. En este supuesto si se exige que la pena conminada, en su extremo mínimo legal, sea de dos años de pena privativa de libertad.

B.- Mínima culpabilidad

El literal c), del inciso 1, del artículo 2° del Nuevo Código Procesal Penal dispone que el Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal “cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal, y se advierte que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución”. Aquí encajan varios casos en los que el agente ha actuado con mínima responsabilidad o culpabilidad.

Como indica Armenta Deu, la culpabilidad será mínima o escasa “(...) cuando puede quedar situada por debajo de la línea intermedia común de supuestos de hecho similares”¹⁹. En la legislación alemana, conforme a Baumann, en el caso de la culpabilidad leve, donde no existe interés público en la persecución, puede omitirse la acción penal. El cierre del procedimiento por el Ministerio Público no tiene cosa juzgada, por lo que puede reanudarse en cualquier momento, sobre la base de hechos nuevos que produzcan otra calificación jurídica del hecho. En el caso de culpabilidad leve, pero con interés público, este puede suprimirse por cuasicontrato entre el Ministerio Público y el imputado, imponiéndose deberes. En todo caso, a diferencia del Perú, siempre debe haber consentimiento del poder judicial.

¹⁹ ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, p. 111.

El artículo 8° del Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad (Resolución N° 1470-2005-MP-FN) establece la abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad procederá en los siguientes casos:

- Cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculada entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión. Se tendrá en consideración, además, aquellos supuestos vinculados a las causas de justificación y de inculpabilidad incompletas, al error (de tipo y de prohibición) y al arrepentimiento frustrado.
- La mínima contribución a la perpetración del delito está referida, en primer lugar, a la escasa voluntad aplicada al delito, vinculada al grado de dolo y a la debilidad de la voluntad criminal; y, en segundo lugar, al concreto y objetivo accionar del imputado en la comisión del delito, por ejemplo, si intervino en un delito que quedó en grado de tentativa²⁰ o en calidad de cómplice secundario²¹.

2.3.5. Exclusión de Funcionarios Públicos

En los casos de “Falta de Merecimiento de Pena” y “Mínima Culpabilidad”, queda terminantemente prohibido aplicar estos criterios de oportunidad, cuando el imputado sea funcionario público y que el delito que ha cometido sea cuando aquel se encontraba en ejercicio de una función pública; tales son los casos de los efectivos policiales, Alcaldes, Prefectos, Subprefectos entre otros, cuando aquellos se encuentran en actividad de sus funciones y cometen por ejemplo; actos arbitrarios, apropiaciones indebidas de los recaudos que se les ha confiado en razón de su función, entre otros.

²⁰ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal...*, p. 234.

²¹ Ver artículo 6°, 6.3. del Reglamento contenido en la Resolución N° CT-MP-200-2001.

Sin embargo no se daría, en el supuesto caso en que un Alcalde fuera de su oficina al encontrarse con su irreconciliable enemigo, le propina golpes, ocasionándole lesiones a su víctima. En este caso, sería procesado por el delito de Lesiones, pero no por Abuso de Autoridad.

Es preciso señalar que en el supuesto de “Falta de Necesidad de Pena”, se deja abierta la posibilidad de aplicarse estos criterios de oportunidad con los funcionarios públicos, porque la ley no lo prohíbe expresamente. Pero es difícil que se presenten conductas delictivas para determinados casos específicos.

2.4. PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN

2.4.1. Citación previa

Si el fiscal provincial penal o mixto en un caso específico, y viable el trámite, citará al denunciado o implicado a fin que concurra a manifestar su previa aceptación. La resolución señalando fecha para la comparecencia del denunciado o implicado, deberá expedirse dentro de los tres días de recibidos los actuados; la fecha para su comparecencia no excederá a diez días calendario (art. 9° del Reglamento).

2.4.2. Audiencia única de conciliación

La Audiencia única de conciliación se llevará a cabo bajo el siguiente procedimiento:

- 1) El fiscal debe levantar acta de todas las diligencias que realice para aplicar el principio de oportunidad (artículo 2° del C.P.P). En ellas debe identificarse a los asistentes y, cuando asistan, a los abogados defensores designados por los interesados; precisarse sus generales de ley y domicilio real o procesal, según el caso; y, determinarse puntualmente los acuerdos arribados o los puntos materia de desacuerdo. Las actas serán suscritas por los asistentes y el Fiscal interviniente (art.7° de la Circular N° 006-95.MP-FN).

- 2) Si concurren todos los citados, el fiscal dará inicio a la Audiencia preguntado al agraviado si está de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad, no sin antes explicarle los alcances de dicho criterio.

El artículo 12° del Reglamento (Resolución N° 1470-2005-MP-FN) establece:

1. Si una o todas las partes no concurren, el Fiscal Provincial luego de dejar constancia en el Acta respectiva, señalará en ese momento, fecha para una segunda y última citación. La fecha para la Audiencia no podrá exceder el término de 10 días calendario.
2. Si no es posible llegar a un acuerdo conciliatorio, porque una o más partes no asisten a la Audiencia, se expedirá Resolución en tal sentido y el Fiscal proseguirá la investigación conforme a sus atribuciones.
3. Si concurriendo las partes a la Audiencia, el agraviado manifiesta su conformidad, el Fiscal procurará que las partes se pongan de acuerdo respecto al monto de la reparación, forma de pago, el o los obligados y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordara.
4. Si ambas partes concurren pero el agraviado no estuviera conforme con la aplicación del Principio de Oportunidad, el Fiscal Provincial, luego de escuchar a las partes, expedirá Resolución ordenando seguir el trámite iniciado o darlo por concluido, prosiguiendo en este caso con la investigación conforme a sus atribuciones.
5. En el caso que el Fiscal Provincial decida continuar con el trámite de la aplicación del Principio de Oportunidad, en la Resolución que así lo señala indicará además el monto de la reparación, la forma y oportunidad de pago y el o los obligados. En este caso, elevará los actuados en Consulta a la Fiscalía Superior Penal de Turno.
6. En el caso que las partes aceptaran la aplicación del Principio de Oportunidad pero no acordaran cualquier punto relacionado a la

reparación, el Fiscal Provincial en ese momento los fijará. Si una de las partes no estuviera de acuerdo con la reparación civil o uno de sus extremos, podrá interponer en la Audiencia, Recurso de apelación Contra el extremo en que estuviere en desacuerdo, debiendo elevarse los actuados al Fiscal Superior Penal de Turno.

7. En cualquiera de los actos, en la misma Audiencia, el Fiscal hará conocimiento del imputado que deberá abonar, el equivalente al 10% del monto acordado o fijado para la reparación civil, con la finalidad de cubrir los gastos de administración y los incurridos en la aplicación del Principio de Oportunidad, a favor del Ministerio Público.

Por excepción, el fiscal podrá modificar la cantidad acordada a los plazos de pago, motivando debidamente su resolución si considera que el monto sería inconveniente para la víctima o que el plazo acordado haría impracticable el pago (también en este sentido lo dispuesto en el punto 6° de la Circular N° 006-95.MP-FN).

Para la determinación del “*quantum*” de la reparación, conforme a ARMENTA DEU, deben tomarse en consideración los siguientes extremos²²:

- A. Las concretas circunstancias económico-sociales del acusado;
- B. La cuantificación del interés público;
- C. La viabilidad de su cumplimiento; y
- D. La proporcionalidad con el daño causado.

2.4.3. Consultas o apelaciones al fiscal superior

El Artículo 13° del Reglamento establece que corresponde el pronunciamiento del Fiscal Superior en los siguientes casos:

- a) Si no estando de acuerdo el agraviado, el Fiscal Provincial hubiera determinado seguir adelante el trámite fijando el monto de reparación civil, forma y oportunidad de pago, persona(s) obligada(s), etc. En este caso Fiscal Superior confirmará o revocará la resolución venida en grado. En caso de revocarla mandará devolver los actuados a la Fiscal Provincial de origen, para los fines

²² ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, pp. 131 en adelante.

de ley, dando por terminado el procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad.

- b) Si estando de acuerdo las partes respecto a la aplicación del criterio, el agraviado sin embargo discrepare en cuanto al monto de la reparación u otros extremos. En este caso el Fiscal Superior confirmará los extremos materia de apelación. En caso de revocar, fijará el nuevo monto y/o forma de pago, si así correspondiera (artículo 14° del Reglamento).
- c) Lo resuelto por el señor Fiscal Superior tendrá carácter definitivo; su Resolución no es impugnabile.

2.5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO OCASIONADO POR EL DELITO

En los supuestos de falta de merecimiento de pena será preciso que el agente repare el daño ocasionado o que exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil. No obstante, la víctima no tiene poder para impedir el uso de las pautas de oportunidad.

El Fiscal tiene la facultad de determinar si lo ofrecido por el imputado importa una efectiva reparación civil. Para este cometido debe tomar en cuenta los criterios reparatorios del Art. 93° del Código Penal que indica:

“La reparación comprende:

1. La restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicio.”

Reparar el daño ocasionado no solo comprende la restitución del bien, sino, también, la indemnización de daño y perjuicio causados. Así, por ejemplo, si a una persona la estafan por un monto de cinco mil soles, la reparación civil no puede ser inferior a dicha cantidad, puesto que comprende la devolución del bien-cinco mil soles- más un adicional por los daños y perjuicios ocasionados.

Si el acuerdo con la víctima (a cerca de la reparación civil) consta en instrumento público (documento privado legalizado por notario) o será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad.

2.6. EL ACUERDO REPARATORIO

A. Concepto: Es un mecanismo de negociación y solución del conflicto penal que permite la culminación del proceso penal previo acuerdo entre el imputado y el agraviado, (privilegiando el principio de consenso), permitiendo a su vez que el imputado sea beneficiado con la abstención de la acción penal por parte del Fiscal y el agraviado con la satisfacción del pago de la reparación civil.

B. Objetivo: Fortalecer la actuación del Fiscal y promover el uso del Acuerdo Reparatorio de manera eficaz y uniforme, a fin de evitar la judicialización de un caso penal.

C. Atribuciones: El Fiscal en el marco de sus atribuciones podrá proponer un acuerdo reparatorio. De convenir el acuerdo el imputado y agraviado, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal.

D. Base legal: De conformidad con el inciso 6 del artículo 2° del Código Procesal Penal: Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).

E. Alcance: Establecer el procedimiento a seguir de parte del Fiscal y de las partes procesales, a fin de arribar a un Acuerdo Reparatorio

F. Procedimiento:

Nombre del Procedimiento: Acuerdo Reparatorio		
Base Legal:		
Código Procesal Penal: Art. 2º inciso 6		
Documentos a elaborar: Acta de Negociación.		
RESPONSABLE	PASO	ASPECTOS GENERALES DE APLICACION
Casos de aplicación del Acuerdo Reparatorio	01	<p>Procederá un acuerdo reparatorio sobre los siguientes delitos prescritos en el Código Penal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lesiones Leves (Art. 122º) - Hurto Simple (Art. 185º) - Hurto de Uso (Art. 187º) - Hurto de Ganado (Art. 189º-A, primer párrafo) - Apropiación Ilícita (Art. 190º) - Sustracción de bien propio (Art. 191º) - Apropiación Irregular (Art. 192º) - Apropiación de Prenda (Art. 193º) - Estafa (Art. 196º) - Defraudaciones (Art. 197º) - Administración Fraudulenta de Personas Jurídicas (Art. 198º) - Daño Simple (Art. 205º) - Libramiento Indebido (Art. 215º) - Delitos culposos (Art. 12º)
Partes Legitimadas	02	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Fiscal ✓ Imputado ✓ Abogado defensor ✓ Agraviado ✓ Tercero Civil Responsable
Impedimento		➤ No procede la aplicación del acuerdo reparatorio cuando haya pluralidad importante de víctimas o

de aplicación	03	<p>concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.</p> <p>➤ No procede la aplicación del acuerdo reparatorio cuando el imputado:</p> <p>a) tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;</p> <p>b) sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;</p> <p>c) sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,</p> <p>d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.</p> <p>En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos que se hubiera promovido la acción penal.</p>
		PROCEDIMIENTO
	01	El Fiscal emite una disposición promoviendo la probable aplicación del Acuerdo Reparatorio, citando a las partes dentro del plazo de 10 días calendario a

		partir de la expedición de dicha disposición.
	02	El Fiscal deberá citar al imputado, al agraviado y al tercero civil si lo hubiera.
	03	Si ambas partes convienen el acuerdo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal.
	04	Si el imputado no concurre a la primera citación, el Fiscal procederá a reprogramar la misma por única vez, la cual no podrá exceder de 10 días calendarios. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal.
	05	En caso las partes asistan a la audiencia única, el Fiscal procurará que se pongan de acuerdo respecto al monto de la reparación civil, forma de pago, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordara.
	06	En caso las partes arriben a un acuerdo reparatorio, se levantará el acta respectiva, indicando el monto de la reparación civil, la forma, el plazo de pago, el o los obligados. Seguidamente el Fiscal emitirá la disposición de abstención del ejercicio de la acción penal.
	07	No será necesaria la referida audiencia si el imputado, el agraviado y el tercero civil de ser el caso, llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente. Seguidamente el Fiscal emitirá la disposición de abstención del ejercicio de la acción penal.
	08	Para la aplicación del acuerdo reparatorio rige en lo pertinente el numeral 3) del artículo 2° del Código Procesal Penal.

CAPITULO III
LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA
LEGISLACION PERUANA

3.1. INTRODUCCIÓN

La problemática del Principio de Oportunidad se manifiesta en tres aspectos distintos a saber: el procedimental, el legal y el funcional. El análisis en estos tres campos nos dará una visión profunda de los problemas que rodean a la aplicación del Principio de Oportunidad. Por ello, desarrollaremos de manera breve y precisa cada aspecto.

3.2. ASPECTO PROCEDIMENTAL

El desarrollo del presente trabajo monográfico académica surgió de una experiencia forense, del tener que lidiar día a día con la aplicación de esta institución jurídica, en los que era factible la aplicación de esta figura y de poder advertir que en su aplicación surgía o se presentaba una serie de deficiencias y problemas que impedían y/o obstaculizaban que dicha institución no cumpliera sus fines para lo cual había sido creado, es así, como surge la idea de realizar este trabajo, movida más por la inquietud de saber cuáles eran las razones por las cuales dicha figura no era eficaz en la práctica, es decir, cuando con su aplicación no se conseguían los objetivos políticos – criminales para los cuales fue instaurado en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal; es por ello, que como producto de la poca o casi nada experiencia adquirida es que hallé algunas de las causas y/ razones por las cuales la aplicación del Principio de Oportunidad resulta ineficaz en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, en la etapa preliminar del proceso penal, es decir, en sede fiscal y jurisdiccional.

Asimismo, al pretender esbozar y/o plasmar sobre cuales eran específicamente las causas y/o razones sobre la problemática de la aplicación del Principio de Oportunidad en la realidad es que surgieron como premisa una serie de frases tales como: que *“el principio de oportunidad es una pérdida de tiempo; es ineficiente; constituye más carga para el Despacho; implica un gasto inútil de recurso humano y logístico; ya que al aplicar esta figura a un determinado caso concreto,*

- *no se ubica a los involucrados o*
- *ubicados, éstos no se presentan; o*
- *presentes, no desean llegar a un acuerdo por diversos motivos, entre ellos por el desconocimiento de la parte agraviada de las ventajas y/o beneficios que proporciona la aplicación de esta figura, porque el imputado carece de recursos económicos, por recomendación de su abogado o porque el agraviado considera que al no ser encarcelado o sancionado con una pena privativa de libertad el imputado quedará impune;*
- *o llegado a un acuerdo, el obligado no lo cumple; etc.”*

De esta manera este capítulo constituye la parte medular del presente trabajo, cuya finalidad, más que doctrinaria, está dirigida a analizar los fundamentos de los cuestionamientos al Principio de Oportunidad y verificar si la aplicación del mismo a nuestro sistema de justicia penal resulta apropiado es eficaz o no.

La aplicación del Principio de Oportunidad está, en la actualidad, en manos de todas las Fiscalías Penales y su trámite se encuentra establecido en el Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005-MP-FN. Asimismo, ha quedado sentado un criterio obligatorio respecto a delitos determinados (lesiones leves, hurto simple, apropiación ilícita y delitos culposos) en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito. Por lo que, ciñéndonos a las disposiciones legales, se entiende que cuando el Fiscal Penal, al tomar conocimiento de la existencia de un delito, sea por sí mismo, por denuncia de parte o documento policial, considere que el hecho constituye delito, que existe documentación sustentatoria suficiente, así como causa probable de imputación penal, y que el hecho se encuentre dentro de los supuestos establecidos por el artículo 2° del CPP, emitirá resolución motivada, declarando la pertinencia para la aplicación del Principio de Oportunidad, citando al imputado a efectos de recabar su consentimiento para, seguidamente, hacer lo propio con todos los involucrados (imputado, agraviado y tercero civilmente responsable, si lo hubiera), a efectos de propiciar un acuerdo conciliatorio respecto al monto y forma de pago de la reparación civil.

Entonces, si el trámite así expuesto evidencia sencillez ¿porqué no es efectivo? A continuación, las críticas más comunes a la vigencia del Principio de Oportunidad.

3.2.1. Problemática en la aplicación del principio de oportunidad.

No se falta a la verdad cuando se afirma que algunos Despachos Fiscales se muestran incómodos al aplicar el Principio de Oportunidad a los presupuestos obligatorios, debido a que conforme muchos afirman “*llevar a cabo dicho trámite les causa un retraso en la carga laboral*”, debido a que:

- **El imputado no se presenta a las citaciones efectuadas, o no es ubicado;**

Ante esta afirmación cabe hacernos la siguiente interrogante *¿porqué el investigado no se presenta ante la Fiscalía Provincial Penal para declarar y prestar su consentimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad?* Entre las razones que explican esto tenemos los siguientes:

- a) Debido a que el investigado no es hallado en la dirección señalada en la investigación policial, sea porque varió de domicilio o brindó uno inexacto o falso.
- b) Debido a que no desea presentarse, sea porque cree que podrá evadir a las autoridades con dicha actitud, o por temor, desconociendo los alcances del principio de oportunidad.

Si el imputado no se apersona a la Fiscalía y presta su consentimiento para la aplicación del principio de oportunidad, simplemente, el trámite no puede iniciarse. Ante ello, tendrá que formalizarse la denuncia penal ante el juzgado penal competente. Se invirtió tiempo emitiendo la resolución de pertinencia y citando al imputado, pero sería correcto atribuirle la frustración de la diligencia al principio bajo estudio, obviamente no.

Las causas de esta renuencia de los investigados a presentarse ante la Fiscalía se deben fundamentalmente:

- a) En el primer caso, debido a que el investigado muestra una conducta irresponsable al señalar una dirección inexacta o falsa, evidenciando una falta de conciencia y arrepentimiento, e intención por lo que, no sería pertinente la aplicación del principio de oportunidad. Diferente sería el caso en el que el imputado haya variado de domicilio, pero aquí la responsabilidad no es de aquél,

sino de las autoridades estatales que no han implementado, hasta la fecha, un adecuado sistema de identificación y registro domiciliario.

b) En el segundo caso, repetimos que no sería pertinente aplicar el principio de oportunidad a aquél que pretende evadir su responsabilidad y la acción de las autoridades. En tanto que, no podemos atribuirle responsabilidad al ciudadano que involucrado en un hecho ilícito de menor gravedad se resiste a presentarse ante la autoridad por temor y desconocimiento, ya que, es la autoridad política la responsable de la falta de difusión de los ventajosos alcances del principio de oportunidad.

- **Una vez en el despacho fiscal para la realización de la diligencia de toma de consentimiento para la aplicación del principio de oportunidad presente el imputado no acepta la aplicación del mismo; o dicha diligencia se frustra por la inconcurrencia de alguno de los involucrados, o porque no se arribó a un acuerdo; o,**

Ante esta afirmación cabe hacernos la siguiente interrogante *¿por qué el investigado una vez notificado y luego de presentarse ante la Fiscalía Provincial Penal para declarar y prestar su consentimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad no acepta la aplicación del mismo?* Entre las razones que explican esto tenemos los siguientes:

a) El asesoramiento “convenido” de algunos abogados, quienes con la única finalidad de prolongar sus honorarios, manipulan y mal asesoran a sus patrocinados sobre las ventajas y beneficios que proporciona dicha figura.

b) La “cultura del litigio y venganza”, tan arraigada en nuestra sociedad, que influencia en la decisión de los involucrados en un hecho de índole penal (de leve afectación al interés público) de acudir al Poder Judicial a efectos del juicio, en búsqueda de la sanción al responsable, dejando de lado, muchas veces, la reparación económica del daño causado, lo que algunos abogados aprovechan para arrastrar a su cliente al largo proceso penal. Todo lo cual deviene del desconocimiento de la ciudadanía de los reales alcances del principio de oportunidad.

c) Cosa distinta es que el imputado se presente y rechace la aplicación del principio de oportunidad a su caso, debido a que se considera inocente de los

cargos formulados en su contra, pues en esta situación se estaría garantizando el respeto a sus derechos fundamentales y se haría bien en remitir los actuados al Juzgado Penal competente. Ello para nada entorpece ni retrasa el normal desarrollo del trabajo fiscal, es parte del mismo y aquél magistrado que opine lo contrario está (alarmantemente) errado.

- **Sigamos y supongamos que el imputado se presentó, declaró y expresó su consentimiento para la aplicación del principio de oportunidad, reconociendo su responsabilidad en la comisión del hecho ilícito investigado, citados todos los involucrados a la Audiencia de Acuerdo, ésta no se lleva a cabo debido a que el agraviado no desea su aplicación, ¿porqué?**

Aquí se repite una de las razones expuestas en el supuesto anterior: el desconocimiento de las ventajas y/o beneficios del Principio de Oportunidad. Si el agraviado supiera que en mérito a la aplicación de dicho principio, se le reparará el daño causado en un breve período de tiempo y se evitará contratar abogado e invertir tiempo y dinero en un largo, engorroso e incierto proceso judicial, estoy seguro que su actitud en la audiencia sería otra, sin embargo, la falta de difusión del instituto de oportunidad impide ello y propicia estos inconvenientes.

Otra de las razones que se presentan es la *influencia de algunos abogados defensores* (de cualquiera de los involucrados), quienes en lugar de velar por los intereses de sus patrocinados los incitan a optar por llevar el caso a instancias judiciales y así asegurarse la permanencia de su cliente y del consiguiente ingreso económico, cuando en realidad a los involucrados, sea imputado o agraviado, les convendría solucionar el asunto a la mayor brevedad, ya que el investigado se libraría no sólo de la tramitación de un proceso judicial, sino de una pena y de los consecuentes antecedentes, en tanto que, el agraviado se vería favorecido además por la pronta reparación de los daños y perjuicios sufridos.

A ello se aúna, que la población peruana tiene arraigada una “*cultura de judicialización*”, relacionada con la “*cultura del litigio y de la venganza*”, de modo tal que, todo hecho que genera un conflicto es llevado a instancias judiciales, cuando bien podría ser resuelto fácilmente por los mismos involucrados, a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En materia penal el asunto se torna socialmente complicado debido a que el agraviado entiende que al solucionarse el caso sin que se haya condenado al imputado a pena privativa de libertad, a pesar de habersele reparado el daño causado, ha operado la impunidad y no se ha hecho “justicia”. Pero dicho parecer no obedece a otra razón más que al desconocimiento de los hechos, pues como expresamos al inicio, el Principio de Oportunidad, en la mayoría de los casos, procede sobre hechos ilícitos de menor gravedad, en los cuales, si fueran resueltos por el Poder Judicial, no conllevarían a pena privativa de libertad efectiva para el procesado ni garantizarían el pago de una adecuada reparación civil, y ello, tras la tramitación de todo el proceso penal, con las instancias contempladas por ley. Debemos, pues, en conclusión, incentivar un cambio de mentalidad en nuestra sociedad, dejar de lado esa actitud revanchista y dar paso a una cultura de paz, de conciliación, de composición.

- **Habiéndose suscrito el acuerdo en la audiencia correspondiente, el investigado no cumple con la cancelación de la reparación civil convenida.**

En este supuesto dar con las causas y/o razones del porque el imputado luego de haber aceptado su responsabilidad sobre los hechos, así como, de haber llegado a un acuerdo para el pago de un monto económico este no cumple con pagar lo acordado y en el plazo señalado; sin embargo, trataremos de esbozar algunas razones, siendo; quizá que el denunciado en realidad nunca se sintió arrepentido de haber cometido un ilícito penal y por ende no tiene ni la menor intención de resarcir a la víctima, habiéndose mentalizado más por el contrario que el sistema de justicia penal en nuestro país es corrupto, y que por ello le será más fácil afrontar un proceso y que saldrá absuelto de los cargos que se le imputan a nivel judicial; quizá por el mal asesoramiento de un abogado quien lo convence que si lleva su caso a nivel judicial le será más fácil burlar a la justicia, ya que ni así lo encuentren responsable de la comisión del delito solo le impondrán un pena privativa de libertad mínima y que por la escasa relevancia penal de la misma la pena no será efectiva, y en cuanto a la reparación civil ni así le impongan un monto económico podrá burlar el pago de la misma, ya que no existe un mecanismo efectivo del pago de la reparación civil de la víctima impuesto en una sentencia condenatoria.

Sin embargo, los cuestionamientos al Principio de Oportunidad no se refieren única y exclusivamente a los efectos de su aplicación procesal en la práctica sino que parten, incluso, de su naturaleza. Así, tenemos que una de las mayores críticas a dicho principio

se basa en el *temor de quienes consideran que las decisiones finales de un caso de índole penal deben dictarse en el proceso y estar éstas siempre en manos de los jueces.*

Respecto a tal observación, debemos decir que, efectivamente, en un proceso penal lo que se busca es determinar si existió el delito y si el imputado es culpable, condenándolo, o inocente, absolviéndolo, por lo que, bajo criterios fundamentales, tal decisión debe ser emitida por el juzgador dentro de un debido proceso. Sin embargo, al concluir un caso bajo el principio de oportunidad el fiscal no decide respecto a la responsabilidad del imputado, ni mucho menos, le impone una pena sin previo juicio, simplemente lo que el fiscal hace es abstenerse del ejercicio de la acción penal pública cuando se presenten los supuestos determinados por la Ley.

La esencia del Principio de Oportunidad consiste, justamente, en evitar llevar un caso de mínima gravedad a instancias judiciales, en atención a que existen suficientes elementos que acreditan la existencia de un hecho ilícito y que el imputado acepte su responsabilidad y exprese su voluntad de reparar a la víctima. Es decir, que al arribar a un acuerdo tanto el imputado como el agraviado, y cumplido el mismo, la investigación concluirá, archivándose definitivamente, puesto que se logró el fin directo del proceso penal, evidenciándose un arrepentimiento y resocialización del imputado (con su propio consentimiento y aceptación de responsabilidad), y la pronta reparación de la víctima (con el cumplimiento del acuerdo de reparación acordado).

Ahora bien, supongamos que el imputado al ser consultado sobre su responsabilidad y la aplicación del principio de oportunidad, manifiesta su negativa al considerarse inocente de los cargos imputados, en este caso, se formalizará la denuncia y será el Juez Penal quien resuelva en definitiva, por lo que, los derechos fundamentales de presunción de inocencia y el de defensa están plenamente garantizados, descartándose cualquier contraposición con el principio de oportunidad.

Pero no todo el peso de esta problemática recae en la sociedad, el Estado, como hemos apreciado también tiene su cuota de responsabilidad. Muchas diligencias de aplicación del principio de oportunidad se han frustrado en los casos donde el Estado aparece como agraviado, debido a que los representantes de las Procuradurías no cuenta con la autorización oficial para conciliar casos de índole penal. Por lo que, resulta menester la coordinación con la Procuraduría General de la República para lograr tal objetivo.

3.3. ASPECTO FUNCIONAL

La aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa preliminar no solo depende del consentimiento de la parte agraviada o víctima sino que, además, requiere de la dirección del fiscal para que este cumpla con sus objetivos políticos criminales como es la descarga procesal, desestigmatización de la pena, la reparación efectiva de la parte agraviada por el delito, etc.; sin embargo, en la realidad vemos que solo prevalece y opera el consentimiento de la parte agraviada pues si esta no desea aceptar la reparación civil planteada sencillamente el Principio de Oportunidad no se aplica al caso concreto, es decir, en la práctica su operatividad y/o aplicación depende exclusivamente de la aceptación de la víctima, lo cual es incoherente con las funciones político criminales que debe de cumplir y que se persigue en esencia con su aplicación.

En ese sentido, se advierte que el Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano se enfoca desde la posición que asume la víctima actual (el directamente afectado) dejando completamente de lado a las víctimas potenciales (la sociedad en su conjunto). Cuando esta institución se aplica con un parámetro tan restringido todos los efectos de su aplicación y los alcances de los mismos se pierden por que debemos entender que el Principio de Oportunidad no sólo se dirige a la reparación del daño ocasionado al afectado sino que, además esta reparación debe contener una función preventiva en si misma, es decir, que el Principio de Oportunidad se debe aplicar en función de las víctimas potenciales y no solo en función de la víctima actual, y no debe contener una función solo dirigido a la reparación del daño.

La implementación de los criterios de aplicación del Principio de Oportunidad, debe depender además de la correcta intervención del fiscal, es decir, el fiscal debe encargarse de allanar cualquier obstáculo que se presente al momento de su aplicación incluyendo la propia negativa de la víctima de aceptar la reparación del daño, por ello, se hace necesario que el fiscal asuma una posición activa frente al principio de oportunidad y no solo se limite a convalidar la decisión de la víctima.

El fiscal debe buscar con la aplicación del Principio de Oportunidad que las personas se abstengan de delinquir o cometer otros ilícitos penales, entonces podemos decir que el Principio de Oportunidad también cumple una función protectora de los valores vitales sobre los cuales una sociedad se fundamenta.

El fiscal debe allanar los obstáculos que se interponga entre la aplicación del principio de oportunidad y la consecución de sus objetivos políticos criminales, incluyendo la negativa de la víctima a aceptar la reparación del daño ocasionado, ya que la aplicación del principio de oportunidad cumple con una función preventiva es decir no solo se dirige a buscar la reparación de daño sino que a través de la reparación despliega todos sus efectos preventivos que se dirigen a la sociedad.

3.4. ASPECTO LEGAL

El Principio de Oportunidad se encuentra regulado dentro de del articulado vigente del Código Procesal Penal de 1992, regulado mediante Decreto Legislativo N° 638 (publicado el 27 de abril de 1991), el mismo que en el artículo 2° prescribe los siguientes:

Artículo 2°.-

El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.*
- 2. Cuando se tratara de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los 2 (dos) años de pena privativa de la libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*
- 3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratara de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días.

En los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 122, 185 y 190 del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio.

Si ambos convienen en el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal formalizará la denuncia correspondiente.

*(**) Párrafo incorporado por el Artículo 3 de la Ley N° 28117, publicada el 10-12-2003.*

Asimismo, también se cuenta con la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1072-95-MP-FN (publicado el 15 de noviembre de 1995), mediante el cual se aprueba la Circular N° 006-95-MP-FN; así como, también el “Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad” aprobado mediante resolución N° 1470-2005-MP-FN (el 12 de Julio del 2005).

Por último, se ha elaborado un nuevo Proyecto de “Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad”, que aún no está aprobado mediante resolución alguna, el mismo que fue publicado en la página interna del Ministerio Público, como se puede

advertir en los que se refiere a normatividad existen suficientes instrumentos legales que regulan la aplicación del Principio de Oportunidad en los supuestos establecidos por la ley; los mismos que uno a uno han ido corrigiendo las deficiencias que se presentaba en el anterior; por ello, se puede colegir que en gran medida las deficiencias que se presentan en la aplicación del Principio de Oportunidad se presentan más en su tramitación al momento de ser aplicadas que en las normas que la regulan, es decir, a nivel procedimental; sin embargo, esto no impide advertir que dentro de este conjunto normativo existan algunas deficiencias, siendo una de ellas básicamente referida a la actuación del Ministerio Público, el mismo que es determinante para la correcta, concreta y debida utilización y aplicación del Principio de Oportunidad, ya que conforme se tiene de las normas estas no brindan mayor facultad discrecional al fiscal al momento de aplicar esta figura, no le autoriza a actuar con criterio; es decir, el fiscal asume un rol pasivo, que se encarga solamente de plantear muy restringidamente una posición y el de convalidar la posición de la víctima del delito, cuando precisamente es el fiscal quien debería de asumir una rol más activo como titular del ejercicio de la acción penal pública; un rol informativo e ilustrativo, en donde cumpla el papel de informar al agraviado sobre las ventajas y beneficios que se obtiene con la aplicación del Principio de Oportunidad, de manera que el agraviado una vez informado logre aceptar la aplicación del Principio de Oportunidad; un rol persuasivo, que logre convencer al afectado de que lo más beneficioso para él será aceptar su aplicación, ya que muchas veces se ha visto que el agraviado es manipulado por su abogado, quien con el único ánimo de prolongar sus honorarios convence a su patrocinado de que el mismo no le conviene y que mejor será que esto se judicialice, en donde si se le hará justicia, con la aplicación de una pena privativa de libertad y una reparación civil; un rol negociador, en donde el fiscal pueda manejar y tener dominio de la audiencia de celebración del Principio de Oportunidad, planteando posiciones que beneficien a ambas partes y no solo limitándose a convalidar la posición cerrada de las mismas, teniendo como finalidad la consecución de los fines políticos criminales que sirven de fundamento al Principio de Oportunidad y no solo el interés reparatorio privado de la víctima, cumpliendo se esta manera el derecho penal una función eminentemente preventiva y de carácter utilitaria a la sociedad, y no en un instrumento de venganza de la víctima de la comisión del delito, como muchas veces ocurre en la práctica, en donde ya sea por desconocimiento y mal asesoramiento de parte de sus abogados, tergiversan la figura rechazando su aplicación y celebración al caso concreto.

Por ello, se puede señalar que dentro de las normas que regulan la aplicación del Principio de Oportunidad, se advierte que el fiscal no cuenta con amplias facultades discrecionales que le permitan asumir un rol eminentemente negociador, informativo sino que, simplemente se limita a formular un posición restringida y formalista, y a convalidar la posición que asume el agraviado en la audiencia de aplicación del Principio de Oportunidad.

3.5. MARCO LEGAL PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Además de las normas contenidas en el Código Procesal Penal ya mencionadas, el Ministerio Público ha implementado la aplicación del principio de oportunidad a través de diversas disposiciones, entre ellas podemos mencionar a las siguientes:

- Circular N° 006 – 95 – MP – FN, instrucciones para aplicar el principio de oportunidad, aprobada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1072-95-MP-FN de fecha 15 de noviembre de 1995.
- Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 200-2001-CT-MP que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del principio de oportunidad de fecha 20 de abril de 2001 y su modificatoria, Resolución de Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 266-2001-CT-MP de fecha 27 de abril del 2001.
- Ley N° 27664, ley que agiliza el procedimiento de abstención del ejercicio de la acción penal por parte de Ministerio Público, publicado con fecha 8 de Febrero de 2002.

Con respecto a las instrucciones para aplicar el principio de oportunidad contenidas en la Circular N° 006-95-MP-FN podemos resumir sus principales directivas en los siguientes puntos:

1. la resolución fiscal debe estar debidamente motivada y teniendo a la vista la denuncia de parte, los recaudos que se acompañan, el atestado policial y los actuados de la investigación preliminar desarrollada.
2. Se sustentará en razones de oportunidad siempre que se acredite la realidad del delito y la vinculación del denunciado, así como los supuestos del Art. 2 de lo

contrario la razón de archivo corresponderá a lo establecido en el art 94 inc. 2 de la L.O.M.P. esto es, corresponderá el archivo definitivo o personal.

3. Es inaplicable el criterio de oportunidad para el caso de delitos cometidos por funcionarios público es en el ejercicio de su cargo.
4. De considerar aplicable el principio de oportunidad se citará al denunciado para recabar su aceptación.

El plazo para dictar la resolución fijando fecha para esta diligencia es de 20 días desde que se recibe los actuados o se concluya la investigación preliminar. La diligencia se realizará dentro de los 15 días siguientes.

1. De aceptar el denunciado se citará al agraviado en los casos del inc 2 y 3 del C.P.P. dentro de los 10 días de la aceptación, de ser el caso se citará al tercero civil responsable. El Fiscal testara que el agraviado, denunciado y el tercero civil, se pongan de acuerdo sobre el monto de la reparación civil, de existir controversia, esta será fijada por el Fiscal Provincial.
2. De no asistir el denunciado a la citación para recabar su aceptación, estando debidamente notificado, se procederá a formalizar la denuncia penal.
3. De no asistir el agraviado y el tercero civil en la segunda diligencia, el Fiscal procederá a fijar el monto indemnizatorio de modo prudencial, pudiendo fijar un plazo para el pago, el cual no excederá de 9 meses. El archivo estará condicionado al pago, de no cumplir el denunciado bajo requerimiento, se revocará el auto de abstención de la acción penal y se formalizará denuncia.
4. Las diligencias constataran en actas.
5. El Fiscal dictará resolución en el acto o dentro de los tres días de la última diligencia, la cual será notificada. Las resoluciones fiscales de abstención de acción penal y de revocación del acto de abstención pueden ser recurridas en queja ante el Superior.
6. De haberse ejercido la acción penal, el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa en cualquier estado al darse los presupuestos de aplicación del principio de oportunidad. El propio imputado también podrá solicitarlo, en este caso el Fiscal dictaminará o previamente requerirá la actuación de diligencias en orden a la posición de la víctima, en la medida que no sea formulado acusación.

Este último aspecto referido a que no se haya formulado acusación, para que las partes soliciten la aplicación del principio de oportunidad constituye una barrera para una aplicación más amplia de este principio procesal, pues la aplicación del mismo podría darse hasta antes de la expedición de la sentencia; siempre que se cumplan con los requisitos de ley, no siendo indispensable que el fiscal necesariamente tenga que apelar frente a una situación dada, como por ejemplo cuando se produce un acuerdo entre las partes ya que resolvieron su conflicto ante un notario, ya que no desean continuar con el proceso, por lo que debe tenerse en cuenta este punto, a efectos de no constituir un obstáculo innecesario.

Sin embargo, la circular dispone que el archivo de los actuados se emita cuando el fiscal ha dictaminado en forma favorable, de lo contrario, se interpondrá recurso de apelación.

La circular en mención establece también instrucciones particulares para los supuestos de los incisos 1 y 2 del art. 2 del CPP., estas son:

1. En el caso de falta de necesidad de aplicación de la pena (inc. 2)
 - El delito puede ser doloso o culposo, se aplicará el principio de oportunidad preferentemente en el caso de delitos de escasa o relativa gravedad.
 - Las consecuencias del delito están referidas a las producidas por el propio accionar del agente.
 - Las consecuencias pueden ser físicas o corporales, morales y económicas que afecten directamente al imputado. El que se produzcan al mismo tiempo perjuicios a terceros no impide la renuncia del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público.
2. En el caso de delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de la pena).
 - Se aplican a delitos que se encuentran sancionados como mínimo con dos años de pena privativa de libertad.
 - El interés público existe cuando el delito perjudica la paz social al sobrepasar el círculo del agraviado y su entorno. Será valorado según las circunstancias que determina la finalidad de la pena (art. 46 del CP.) así como las causas justificadas incompletas del art 2 del CP.
3. La abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad (falta de merecimiento de la pena):

- La culpabilidad es mínima cuando se presentan circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena: Móviles y finalidad del autor, características personales, comportamiento posterior al delito (se excluye la confesión), los supuestos de causa de inculpabilidad incompleta, error y arrepentimiento activo sin éxito (art. 18 CP).
- La contribución a la perpetración del delito sería mínima en los casos de complicidad secundaria (art 25 del CP.)

De igual forma, podemos sintetizar los alcances de la circular N° 006-95-MP-FN sobre aplicación del principio de oportunidad, recurriendo al análisis efectuado por Flavio García²³ sobre este punto.

Para ello esquematizaremos la citada Circular de la siguiente manera:

1° Motivación de la resolución de no formalizar denuncia penal (Art. 2 Circular N° 006).

- El Fiscal Provincial emitirá resolución debidamente motivada disponiendo la abstención del ejercicio de la acción penal, (no formalizando denuncia penal art. 2 del C.P.P.). Al expedir esta decisión el Fiscal debe tener a la vista:
 - ✓ La denuncia de parte acompañada de los recaudos probatorios que sustenten.
 - ✓ El atestado policial correspondiente.
 - ✓ Los actuados formados con motivo de la investigación preliminar realizado por el Fiscal Provincial.

2° Archívamiento por razones de oportunidad (art. 3° Circular N° 006).

- Se archivara los actuados por razones de oportunidad cuando ocurran los siguientes requisitos.
 - ✓ Cuando existen suficientes elementos probatorios de la realidad del delito.
 - ✓ Cuando existan suficientes elementos probatorios de la vinculación del implicado o denunciado en la comisión del delito.
 - ✓ Cuando se presenten los supuestos de falta de merecimiento falta necesidad de pena previstos en los incisos 1 a3 del art. 2 del C.P.P..

3° Diligencia de aceptación del denunciado (art. 4° Circular N° 006).

²³ GARCIA DEL ORO Ob. Cit. P.124 y ss.

- El Fiscal, una vez recibidos los actuados policiales o la denuncia de parte con las constancias probatorias pertinentes o culmina la investigación preliminar realizada por su despacho; si considera posible la cesión del trámite al amparo del art. 2° del C. P. P. citará al denunciado o implicado para recabar su aceptación.
- La resolución que señala fecha para la diligencia de aceptación del denunciado o implicado se expedirá dentro de los 20 días de recibido los actuados o culmina la investigación preliminar. La diligencia se convocara dentro de los 15 días siguientes.
- Si el denunciado o implicado aceptara la aplicación de los criterios de oportunidad (art 2 inc. 2 y 3 del CPP), dentro de los 10 días siguientes de la aceptación se citará al agraviado en tanto se encuentra identificado y se trate de delitos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales de ser el caso también se citará al tercero civil.
- La oposición de la víctima a la aplicación del art. 2 del CPP no impide que se dicte la resolución de la abstención del ejercicio de la acción penal.
- El Fiscal expedirá la resolución que corresponda en el mismo acto o dentro de 3 días de realizada la última diligencia (art. 7° Circular N° 006).

4° inasistencia del denunciado y/o agraviado a la citación formulada por el Fiscal para la aplicación del principio de oportunidad (art. 2° CPP)

- Si el denunciado o implicado no asiste a la primera diligencia, luego de constatarse que fue notificado, se procede a formular denuncia penal en su contra (art. 6 Circular N° 006).
- Si el agraviado y en su caso el tercero civil, no asiste a la segunda diligencia, el Fiscal de no aceptar el denunciado o implicado la abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad – determinara prudencialmente el monto indemnizatorio que corresponda.
- Para este efecto, el Fiscal tendrá en consideración lo dispuesto en los Arts. 93 al 95 del código penal. Art 93 del CP establece que la reparación comprende:
 - a. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y
 - b. La indemnización de los daños y perjuicios, art. 94° CP.

- La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de estos para reclamar su valor contra quien corresponda; art 95 CP.

La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.

5° Abstención del ejercicio de la acción penal en razón de falta de necesidad de la pena inc. 1 del art 2° del CPP.

- Para la abstención del ejercicio de la acción penal en razón de falta de necesidad de pena, deben reunirse los siguientes requisitos:
 - El Fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Preferentemente, la abstención estará limitada a los delitos de escasa y relativa gravedad.
 - Las consecuencias del delito particularmente relevantes, son aquellas producidas por el propio imputado como consecuencia dictada directa de su conducta.
 - Las consecuencias pueden ser de índole corporal (grave afectación a la salud), económico (importantes perjuicios patrimoniales) moral (sufrimiento y angustia especialmente relevante). Deben afectar directamente al imputado, es decir a sus propios bienes jurídicos o al de entorno familiar más íntimo. No impide la renuncia de la acción, el que, simultáneamente se produzcan perjuicios a terceros.
 - Para la aplicación de este criterio de oportunidad se descarta las consecuencias que el implicado o denunciado quiso causarse a sí mismo o al menos previó como posible.

6° Abstención del ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos de escaso efectos social (falta de merecimiento de la pena), inc. 2° del CPP.

- Para la abstención del ejercicio de la acción penal en razón de falta de merecimiento de pena, deben reunirse los siguientes requisitos :
 - Que los delitos considerados en este supuesto, son aquellos que tienen conminado, en su extremo mínimo, dos o menos años de privación de libertad. También comprendidas otras penas tales como multa, restrictivas de derecho y restrictivas de libertad aún cuando se apliquen conjunta o accesoriamente con la pena privativa de libertad.

- Que la comisión del delito perjudique la paz jurídica por encima del círculo vital del agraviado y su entorno inmediato por tanto, ocasione fundada alarma social.
- Para valorar el interés público en la persecución, el Fiscal considera los elementos ponderativos fijados en el art. 46 del Código Penal (modo de comisión del delito, habitualidad del mismo o razones similares, grado de los deberes infringidos, el móvil del delito y los antecedentes o habitualidad del agente). También deberá valorar las causas justificativas incompletas previstas en el art. 20 y concordantes con el art 21 del Código Penal.
- Los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo, cualquiera fuera la penalidad conminada, están excluidos de la abstención del ejercicio de la acción penal por escasa lesividad social.

7° Abstención del ejercicio de la acción penal por razón de mínima culpabilidad (inc 3 art 2 del CPP.).

- La abstención del ejercicio de la acción penal por razón de mínima culpabilidad (Falta de merecimiento de la pena) procederá en los siguientes casos, a criterios del Fiscal:
 - Cuando la culpabilidad es mínima o escasa y puede situarse debajo de la línea intermedia común, es decir, cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas, entre otros factores; a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión.
 - Se tendrá en consideración además, aquellos supuestos vinculados a las causas de inculpabilidad incompletas, al error y al arrepentimiento activo sin éxito. Art 18 del Código Penal: “si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por si otros delitos”. La contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria (art 25° in fine C.P.).

Así mismo, otra norma de singular importancia es la Resolución de Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 200-2001-CT-MP que crea las fiscalías especializadas en la aplicación del principio de oportunidad en el Distrito Judicial de

Lima, en calidad de proyecto piloto, si perjuicio que posteriormente puede acordarse la creación de otras de igual clase en otros distritos judiciales.

Dicha resolución contiene entre sus principales disposiciones las siguientes:

Remisión de denuncias a Fiscalías Especializadas en Aplicación del principio de Oportunidad.

- Cuando una Fiscalía Provincial Penal, con ocasión de conocer de una denuncia de parte o documento policial relacionado con posible comisión delictiva, o durante las investigaciones preliminares llevados a cabo, considere aplicable el criterio de oportunidad, procederá de inmediato a remitir dichos actuados a la Fiscalía Provincial Especializada en la Aplicación del Principio de Oportunidad, mediante resolución motivada, debiendo previamente constatar que se reúnan las condiciones establecidas en el art 2 del Código Procesal Penal y el presente reglamento, como también exista.

Agraviado en desacuerdo con aplicación del Principio de Oportunidad

- Si ambas partes concurren pero el agraviado no estaría de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad, el Fiscal Provincial, luego de evaluar en dicha audiencia única los motivos que se le exponen como sustento al desacuerdo, emitirá resolución ordenando seguir adelante el trámite o en caso contrario darlo por concluido. En caso disponer seguir adelante el trámite, completará su resolución fijando el monto de la reparación, su forma y oportunidad de pago y el obligado u obligados, y elevará inmediatamente los actuados en consulta al Fiscal Superior de Turno.

Desacuerdo de las partes en el monto de la reparación.

- Si ambas partes concurren y el agraviado estuviere de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad, pero no llegaron a concordar en el monto de la reparación u otros extremos, el fiscal procederá a fijar dicho monto y/o demás extremos pertinentes, cabiendo en tal caso la apelación inmediata en el acto mismo de la audiencia, por parte del agraviado, en cuanto a tales extremos, debiendo elevarse los actuados al Fiscal Superior de Turno.

Plazo para el pago del acuerdo asumido

- Siempre que se fije el pago de una reparación, el Fiscal deberá fijar un plazo para su cancelación, cuidando de preferencia que este sea pagado al contado en

una sola armada y a más tardar dentro de los 15 días calendarios siguientes al acuerdo. Solo en caso en que la reparación acordada exceda tres unidades impositivas tributarias, el Fiscal podrá autorizar que se pague fraccionadamente, cuidándose que quede totalmente cancelada en un plazo no mayor de 6 meses. El obligado quedara automáticamente notificado en el acto mismo de la Audiencia Única de conciliación, si hubiere asistido.

Pago de la reparación en cuenta bancaria del Ministerio Público

- El pago de la reparación deberá efectuarse consignando la(s) suma(s) pertinentes(s) a la disposición de la Fiscalía, en una cuenta que el Ministerio público habilitara a tal efecto, debiendo la persona obligada a acreditar oportunamente su cumplimiento.

Apercibimiento parcial, no pago en el plazo pactado

- Si el obligado dejase pasar más de 15 días sin hacer efectiva la reparación mandada pagar en una sola armada, o si se retrasase más de 3 días en el abono de alguno de la cuota fraccionada, el Fiscal Provincial procederá a notificarlo conminándolo por única vez a cumplir su obligación en los siguientes 3 días, bajo apercibimiento de revocar el auto de abstención en el ejercicio de la acción penal y devolver los actuados al fiscal de origen.

De otro lado, debemos señalar que constituye un aporte significativo para una mejor implementación del principio de oportunidad, lo dispuesto por la *Ley N° 27664, Ley que agiliza el procedimiento de abstención del ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público*, la cual modifica el art. 2 del Código Procesal Penal, añadiendo lo siguiente.

“si el acuerdo con la última víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por notario no será necesario que el juez cite a las partes a que preste su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad”.

Esta modificatoria resulta óptima, porque con la existencia de entidades que otorguen seguridad jurídica a los acuerdos expresados por las partes, dentro del marco legal aplicable, se evita la congestión de diligencias a realizar por los operadores directos a cargo de la administración de justicia.

TÍTULO II
DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LAS INSTITUCIONES
JURIDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEORICO
DE LA INVESTIGACION

CAPÍTULO I:
CONTROL SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL

1.1 EL CONTROL SOCIAL

El control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia. Así, el control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente sus conductas dentro de la sociedad²⁴. En nuestra sociedad se pueden diferenciar dos formas de control social informal y formal.

A. El control social informal

El control social informal comprende la disciplina social, la familia, la educación, las normas sociales, la religión, los medios masivos de comunicación, etc. En esta forma de control social, el sistema normativo está conformado por los usos,

²⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 7.

costumbres, tradiciones y, con frecuencia, apelaciones a un código moral no escrito²⁵. Las sanciones o castigos son impuestas por las personas significativas dentro del ambiente social inmediato del individuo, es decir, los compañeros del trabajo, familiares, vecinos, etc. En realidad, todos estos mecanismos de control social informal no son más que “mecanismos naturales de la regulación social”²⁶, pero cuando estos medios o modos naturales fallan, los interesados se ven obligados a recurrir a mecanismos artificiales como el llamado sistema penal. Por esta razón se afirma que las sanciones penales son sólo un medio de control social de los tantos que hay²⁷.

B. El Control Social Formal

El control social formal se realiza a través del sistema penal. Las sanciones penales no son neutras como las sanciones del control social informal, son negativas, pues atribuyen al individuo un singular status estigmatizante²⁸, ya sea de desviado, peligroso, delincuente, criminal, etc. El *modus operandi* y las sanciones, en ambas formas de control, difieren sensiblemente. Por ello las agencias de control social formal no pueden actuar con la flexibilidad que asisten a los mecanismos de control social informal²⁹, sin embargo, como veremos más adelante, existe la posibilidad de que el Estado realice un control social formal flexible a través de la aplicación del llamado Principio de Oportunidad que tiene por finalidad mitigar la aplicación de la sanción penal.

1.1.1 El Derecho Penal

En el orden social, el Derecho Penal es un instrumento de control social para ser utilizado en todo proceso de criminalización. Es pues “una forma de control social lo suficientemente importante como, para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal”³⁰; en ese sentido, el Derecho Penal es la parte del sistema jurídico que se

²⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas. Control social y otros estudios*, T. I, ARA, Lima, 2004, pp. 492 y 493.

²⁶ HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa* (traducción de Sergio Politof), Ariel, Barcelona, 1984, p. 119.

²⁷ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (traducción de la 4º ed. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti), Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 28.

²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 9.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general* (7º ed.), Editorial B de F, Montevideo-Bs. As., 2004, p. 50, núm. 1.

encarga de definir a ciertas conductas como delitos y establecer la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes cometan dichos delitos.

El Derecho Penal, y los otros mecanismos de control social informal, tienen las mismas finalidades: buscar evitar aquellas conductas que la sociedad considera indeseables y, en contrapartida, estimular otras conductas que se ajustan a las normas de convivencia social³¹. También responden siempre a un sistema de valores que están en concordancia con el ordenamiento constitucional. Pero la diferencia entre estos mecanismos de control se deriva por “la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma”³².

El Derecho Penal como instrumento de control social tiene una naturaleza secundaria, es decir, es la “*ultima ratio legis*”. En otras palabras, el Derecho penal sólo actuará cuando los otros medios de control social resulten insuficientes³³. Pero esto no afecta su independencia en cuanto a su contenido. “La razón por la que se estima que sólo se debe recurrir al Derecho penal cuando, frente a la conducta dañosa de que se trate, ha fracasado el empleo de otros instrumentos sociopolíticos, radica en que el castigo penal pone en peligro la existencia social del afectado, se le sitúa al margen de la sociedad y, con ello, se produce también un daño social (...) Esta idea suele expresarse con la fórmula que el Derecho penal ha de ser la última ratio de la política social”³⁴. En consecuencia, el Principio de Oportunidad constituye una institución que tiene por objetivo impedir el daño causado por la aplicación de la pena y el efecto estigmatizante que se produce en el individuo.

1.1.2 El Sistema Penal

El sistema penal es un conjunto de agencias y sus actividades –tanto internas como externas- que intervienen en la creación (criminalización primaria) y aplicación

³¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.* p. 8.

³² BACIGALUPO, Enrique. *Principios del Derecho penal parte general*, Akal, Madrid, 1990, p. 9.

³³ MIR PUIG, *ob. cit.* en nota 7, pp. 49 y 50, núm. 1.

³⁴ Claus ROXIN/Günther ARTZ/Klaus TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal* (traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer), Ariel, Barcelona, 1989, p. 23; en ese sentido, para Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF “desde el punto de vista de la política jurídica el derecho penal debería ser una verdadera *ultima ratio*, encontrándose en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuese indispensable para la conservación de la paz social. De ellos se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia política-jurídica dirigida al legislador” [*Derecho penal. Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible* (traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Astrea, Bs. As, 1994, p. 34].

(criminalización secundaria) de normas penales, concebidas éstas en su sentido más extenso dentro de la criminalización³⁵. “Se caracteriza porque el Estado ha legalizado o institucionalizado la violencia que, en este caso, se manifiesta a través de la sanción o pena, en ese sentido, el sistema penal ejerce un control social duro”³⁶.

El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado o formalizado. Este sistema emerge como medio de socialización sustitutivo cuando los controles informales fracasan³⁷. Gráficamente, se podría decir que “la maquinaria pesada del Estado debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Los conflictos de menor entidad pueden ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos”³⁸ como, por ejemplo, el llamado principio de oportunidad.

Para el funcionamiento de este sistema, el Estado organiza agencias de control penal, v. gr. Policía, Jueces, Fiscales, Procuradores, sistemas penitenciarios; y las delimita con medios normativos (códigos penal, procesal penal, ejecución penal; leyes orgánicas de las respectivas instituciones, etc.), económicos, administrativos, tecnológicos, etc.³⁹

1.1.3 El Proceso de Criminalización

De otro lado, es necesario estudiar a los grupos humanos, ideologías, métodos, etc., propios de las diferentes agencias de control penal que integran el sistema penal en un país subdesarrollado, a fin de conocer su intervención en el proceso de criminalización. Dadas las características del trabajo, sólo haremos breves referencias a las partes del proceso de criminalización, sin embargo, también el sistema penal –como parte de su política criminal– debe permitir, en defensa de la libertad individual y la estabilidad del sistema social, que ciertas conductas comprendidas como delitos no sean sancionadas, para ello debe –también– organizar las agencias de control social, delimitar sus actividades a través de la normatividad necesaria y establecer criterios de oportunidad, a efecto de impedir la aplicación de sanciones, es decir, debe establecer los medios, recursos y acciones necesarias para contener los procesos de criminalización

³⁵ Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALIAGA/Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000, p. 6.

³⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.* en nota 1, p. 10, núm. 9.

³⁷ Vid. STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 28.

³⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ob. cit.*, p. 5.

³⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.*, p. 11.

secundaria por el alta incidencia estigmatizante que producen en los individuos de una sociedad.

Para estudiar y analizar la aplicación del Principio de Oportunidad, como sus resultados, debemos señalar las fases del proceso de criminalización que supone el control social a través del sistema penal entendido como “un complejo dinámico de funciones al cual concurre la actividad de las diversas instancias oficiales, desde la del legislador hasta la de los órganos de ejecución penal y de los mecanismos informales de la reacción social”⁴⁰.

A. Criminalización primaria

La criminalización primaria viene a ser el poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas⁴¹. “Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción *debe ser penada*, se enuncia un *programa*, que *debe ser* cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan”⁴², así mismo, *debe establecer las acciones* que estas deben llevar a cabo a efectos de lograr adecuadamente el control social de las conductas que atentan contra las norma de convivencia social “a través de un conjunto de normas que prevén el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar las sanciones”⁴³.

En la criminalización primaria intervienen únicamente las agencias políticas del Estado, en especial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. No hay que dejar de lado el papel que cumplen los medios de control social informal como, por ejemplo, los medios de comunicación social (con más incidencia la televisión y los periódicos) pues inciden en cierta medida en el programa político criminal de las agencias políticas, por ejemplo, cuando los medios de comunicación social informan sobre la realización de ciertos crímenes, las formas y daños que estos han ocasionado, las agencias políticas han tomado estas informaciones para endurecer las penas o, en pocos casos, crear nuevas normas que establecen nuevos delitos. Un caso típico son los delitos de violación sexual contra menores de edad pues constantemente las penas a imponerse son elevadas.

⁴⁰ VILLAVICENCIO TERREOS, Felipe. *ob. cit.* p. 11.

⁴¹ *Vid.* EL MISMO, *Introducción a la criminología* (1ra reimpresión), Grijley, Lima, 2000, pp. 165 y ss.

⁴² ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR, *ob. cit.* , p. 6.

⁴³ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general I* (3ra ed.), Grijley, Lima, 2005, p.61.

B. Criminalización secundaria

La criminalización secundaria es el poder de asignación en el que la calidad de delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley (policías, fiscales, jueces, etc.)⁴⁴. Estas instituciones buscan cumplir el programa que enuncia la criminalización primaria, en ese sentido, deben contar con recursos económicos, humanos, tecnológicos, etc. a efectos de lograr el control social de aquellas conductas señaladas como delitos para imponer las sanciones que corresponden; de otro lado, también se deben encargar de aplicar los criterios de flexibilización de la sanción penal que las agencias políticas establecen (como, por ejemplo, el principio de oportunidad) pues su éxito va a depender en gran medida de las acciones que realicen, no obstante, también deben contar con los recursos y la normatividad necesaria para tal fin.

1.4.4 Política Criminal

El control social formal supone que el Estado cumpla las funciones de coordinar, disciplinar y organizar la vida comunitaria. Para lograr que ésta sea estable y fecunda, debe desactivar los conflictos y tensiones sociales o individuales a través del proceso de criminalización. El funcionamiento y la orientación de este proceso deben ser en relación con el contexto social y político en el que se origina y desarrolla, por lo tanto, no se trata de un proceso neutro o imparcial como el control social realizado a través de las agencias informales.

A. Definición y contenido

“A la reacción organizada del Estado frente a las acciones delictuosas que amenazan la cohesión y el desarrollo armónico de la sociedad, se le denomina política criminal”⁴⁵ y “se encarga de valorar, desde el punto de vista de la eficacia y los principios fundamentales, los medios utilizados para la prevención del delito con la finalidad de proponer su mejoramiento”⁴⁶.

⁴⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.*, pp. 187 y ss.

⁴⁵ HURTADO POZO, *ob. cit.* en nota 20, p. 59.

⁴⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, p. 22.

Cuanto más evolucionada es la sociedad, la política criminal deviene en una estrategia frente a la delincuencia, elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva. La misma denominación es utilizada para designar la disciplina o el método de estudio de la reacción penal contra la criminalidad, tal como es, efectivamente, practicada. Es tarea de esta disciplina describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos para lograr una mayor eficacia.

La reacción social contra la delincuencia, como parte del control social, es una manifestación concreta de la política general del Estado. Así, uno de los aspectos de ésta es la política criminal. Sin embargo, toda reacción estatal está dirigida a evitar la comisión de comportamientos delictuosos o suprimir ciertos factores que favorecen su comisión no forma parte, siempre, de la política criminal, ya que si bien esta goza de una cierta autonomía al interior de la política estatal, está comprendida en una más amplia: la política social. “Una buena política social constituye, sin ninguna duda, una condición indispensable para una política criminal eficaz”⁴⁷.

El ámbito social en el que se implementa y desarrolla la política criminal no constituye, sin embargo, un dato objetivo. Las nociones de “delincuencia”, “crimen” y “criminal” son el resultado, precisamente, de intensos debates sobre criterios de la misma política criminal, los cuales condicionan la elección de los comportamientos que serán criminalizados. En efecto, ningún comportamiento es delito en sí mismo; en realidad, su carácter “delictuoso” varía según los tiempos y los lugares en donde es cometido.

La programación y realización de una correcta y coherente política criminal depende de los estudios tendientes a determinar la amplitud del fenómeno delictuoso y a describir también los diferentes modos de reacción social. Mediante estas investigaciones se buscan “estrategias apropiadas para frenar el avance de la criminalidad, así como los excesos del control social”. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada sólo por el afán de dar

⁴⁷ MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p. 83.

satisfacción a los movimientos de “opinión pública”, originados por la comisión de ciertas infracciones, o destina a sosegar, mediante la mutilación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la frecuente comisión de ciertos delitos.

B. Relación con la Teoría de la pena

La política criminal está, pues, en particular, relacionada con la criminología y la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología, en tanto que disciplina relativa al estudio del crimen, del delincuente y de la reacción social frente a la criminalidad, la política estatal contra esta última se inspiraba en la concepción de un Derecho penal basado en la culpabilidad y la retribución. La pena era así el único medio para disuadir a las personas de cometer delitos y, una vez cometidos, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y que constituyó, en el siglo XIX, la culminación del progreso de las ciencias naturales, la negación de la culpabilidad y de la pena retributiva entrañó un renacimiento en el discurso y la práctica, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia⁴⁸, así, se empieza a hablar de la utilidad social de la pena que es prevenir la comisión de delitos.

C. Finalidad

Por un lado, la política criminal como disciplina se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las instituciones que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva; en segundo término, de promover las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, es decir, examina si corresponde o no tales mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes; y, en tercer término, de otorgar a los poderes públicos las programaciones científicas concretas, que elabora en la lucha contra la delincuencia, más adecuadas para el eficaz control del delito⁴⁹.

Por otro lado, la política criminal en el proceso de criminalización primaria, apunta a establecer la mejor forma de erradicar o disminuir la criminalidad,

⁴⁸ HURTADO POZO, *ob. cit.*, pp. 61 y 62.

⁴⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ob. cit.*, p. 88; MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p.51; *cfr.* HURTADO POZO, *ob. cit.*, p. 62.

teniendo en consideración los factores de severidad y certeza de castigo (*criterios de merecimiento y necesidad de la pena*) y, en la secundaria, somete a valoración los medios utilizados para la represión penal desde el punto de vista del respeto a las garantías jurídico-penales (*principios político-criminales*)⁵⁰.

1.2 TEORÍA DE LA PENA

La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico⁵¹. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o función limitando al poder penal a la consecución de sus objetivos político criminales como, por ejemplo, la prevención de delitos dentro de la sociedad con la aplicación del principio de oportunidad.

1.2.1 Función de la Pena

Como se dijo, la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena⁵².

En realidad, “toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función”⁵³. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho penal. Existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho Penal y la teoría de la pena. “Toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal”⁵⁴; pero –como se verá más adelante– cada una de las teorías responde a una determinada concepción del Estado y, consecuentemente, cada teoría origina

⁵⁰ GARCÍA CAVERO, *ob. cit.* en nota 23, pp. 22 y 23; respecto a lo último, Claus ROXIN afirma que, las valoraciones político-criminales fundamentan el sistema penal y la interpretación de sus categorías [*Derecho penal. Parte general* (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, T. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 223.

⁵¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe *ob. cit.*, p. 46.

⁵² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.*, p. 45.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. I, Ediar, Bs. As., 1980, p. 83

⁵⁴ BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 7.

una determinada definición de Derecho penal. “La historia de las teorías de la pena es una historia universal del Derecho penal”⁵⁵.

En ese sentido, la función de la pena es la función del Derecho penal. A lo largo de la historia, algunos autores han sostenido que la función del Derecho penal es la realización de la Justicia, pero en la actualidad el parecer predominante considera que el Derecho penal no cumple un ideal metafísico, sino una función social⁵⁶. Pese a este punto de partida común, existe disparidad de criterio entre los autores sobre la determinación de tal función social. De otro lado, no hay que olvidar, sin embargo, que el Derecho penal contempla también otras consecuencias jurídicas diferentes a la pena, lo que obliga a establecer también su función desde la perspectiva jurídico-penal.

1.2.2 Teorías de la Pena

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas la vinculan a necesidades del control social⁵⁷. Por esta razón se va a orientar la exposición de las teorías de la pena a partir de esta tradicional diferenciación de posturas sobre el fin de la pena.

A. Teorías Absolutas de la Pena

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social. Dentro de estas teorías destacan especialmente las llamadas teorías retributivas de la pena, las cuales definen la sanción penal como retribución de una lesión o daño culpable. “La forma en la que se ha sustentado la idea de la retribución, ha asumido una configuración subjetiva y otra objetiva”⁵⁸.

- **Retribución subjetiva**

⁵⁵ MAURACH/ZIPF, *ob. cit.* p. 86.

⁵⁶ GARCÍA CAVERO, *ob. cit.* p. 41.

⁵⁷ *Vid. ob. cit.*, p. 42.

⁵⁸ *Ibidem.*

En su versión subjetiva-idealista, Kant sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que impone la razón del sujeto individual sin atender a las consideraciones de carácter utilitarista. Aunque últimamente Jakobs ha relativizado la rigurosidad de esta afirmación, lo cierto es que la utilidad social no se coloca, en todo caso, como criterio legitimante de la pena. El carácter ideal de esta concepción de la finalidad de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por Kant, en donde se llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión. La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social.

- **Retribución objetiva**

En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de HEGEL entiende que el derecho, como objetividad de voluntad, debe ser restablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es de darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Es en este contexto donde puede comprenderse la extendida afirmación de HEGEL de que la pena honra al delincuente como sujeto racional. La imposición de la pena, al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verifica con independencia de las consecuencias empíricas que produciría. No se trata, por tanto, de un restablecimiento empírico, sino de un restablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo para amenazarlo.

Comentario

Pero, con independencia de lo acabado de mencionar, la tendencia general sigue orientada a negar que la pena tenga una función ideal. Sin embargo, resulta pertinente precisar que la razón fundamental de este rechazo no radica en el cuestionamiento que pudiera hacerse a una filosofía de corte idealista. El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho

penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presupone la necesidad de pena, por lo que no se encontraría en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

B. Teorías Relativas de la Pena

Las teorías relativas de la pena entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto y comienza a romperse cuando se tiene que determinar cuál es esa función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe otra orientación: las teorías de la reparación o re estabilización.

- **Las teorías de la prevención**

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la función que cumple el Derecho penal (esto es, la protección de bienes jurídicos) tiene lugar a través de una incidencia directa sobre el proceso interno de motivación del individuo. El efecto motivatorio de la pena puede estar dirigido a los ciudadanos en general o solamente al sujeto delincuente. A partir de estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.

- a. La prevención general**

La teoría de la prevención general establece que la función motivadora del Derecho penal se dirige a todos los ciudadanos, en ese sentido, “la pena sirva para intimidar a todos los individuos con la finalidad que no cometan delitos”⁵⁹. Se trata de una prevención que no actúa frente al delincuente sino frente a la colectividad, sin embargo, la forma de cómo actúa o cómo tiene lugar este

⁵⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.*, p. 55,

proceso motivador es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva.

- **La prevención general negativa.**- La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por ver en la pena un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos, en ese sentido, la aplicación de la pena “se orienta a evitar que se produzcan nuevos delitos advirtiendo a los ciudadanos las consecuencias de cometer delitos, generando temor en la colectividad”⁶⁰. Este proceso de motivación por medio de la intimidación (o el temor) puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal⁶¹:

i. *En la norma penal:* mediante la conminación penal contenida en la norma penal se crea un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer el hecho delictivo⁶². Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos. Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se dice que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos ha leído efectivamente el Código penal.

ii. *En la ejecución penal:* mediante la aplicación efectiva de la pena se logra el efecto disuasorio, en ese sentido, se ideó el denominado “panóptico”, el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas en prisión. El principal cuestionamiento a esta visión de la prevención general negativa es la instrumentalización de la persona a la que se llega con fines preventivos.

⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 57, núm. 125.

⁶¹ GARCÍA CAVERO, *ob. cit.*, pp. 47 *et passim*.

⁶² Esta formulación de la prevención general negativa se halla en la época de la Ilustración con la denominada “Teoría de la coacción psicológica” de FEUERBACH; al respecto *vid.* HURTADO POZO, *ob. cit.* en nota 20, p. 362, núm. 85; ROXIN, *ob. cit.* en nota 27, pp. 89 y 90, §3, núm. 22 y 23 y VILLAVICENCIO TERREROS, *ob. cit.* p. 57.

- **Prevención general positiva.-** La formulación original de la prevención general positiva, atribuida a Welzel⁶³, se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos pero no en el mecanismo de su realización⁶⁴, en ese sentido, “no es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos”⁶⁵. Desde esta lógica, la tarea del Derecho penal consistirá en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales de acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético⁶⁶. Por ello, se agrega que, esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo general negativa, pues solamente la pena justa sería necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho.

La teoría de la prevención general positiva no está, sin embargo, libre de objeciones. Se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de la autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano. En ese sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario al imponer a los ciudadanos ciertos valores éticos-sociales de carácter elemental. “El reconocimiento actual del derecho al libre desarrollo de la personalidad haría poco viable una teoría de la prevención general positiva”⁶⁷.

b. La prevención especial

La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto. En ese sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución penal. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de Von Liszt, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano.

⁶³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *ob. cit.*, p. 60.

⁶⁴ BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, pp. 528 y 529; y MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 92.

⁶⁵ GARCÍA CAVERO, *ob. cit.*, p. 50.

⁶⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (vid. *ob. cit.* en nota 1, pp. 59 y 60, núm. 128 y 129) y ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR (vid. *ob. cit.* en nota 12, p. 50 y p. 57) cuando se habla de prevención general positiva se busca que la ciudadanía crea en sus instituciones a través de un valor simbólico que origine consenso y, consecuentemente, refuerce su confianza en el sistema social en general y el sistema penal, en especial.

⁶⁷ GARCÍA CAVERO, *ob. cit.*, p. 51.

Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

C. La teoría de la unión

Los cuestionamientos hechos a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención han conducido de alguna manera a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de la prevención. Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría un función retributiva, preventivo-general y resocializadora. “La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables”⁶⁸, por lo que conviene utilizarlas en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que una teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas⁶⁹. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar. Por ejemplo: si se desea establecer una pena severa, se podría recurrir a la prevención general negativa; mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente, podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser impuesta en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajusta a la pena deseada.

⁶⁸ GARCIA CAVERO, *ob. cit.*, p. 53.

⁶⁹ Sobre las críticas a la teoría de la unión, *ibídem*.

La arbitrariedad a la que podría llegarse con la teoría de la unión; ha traído como consecuencia el desarrollo de una metateoría que busque ordenar el recurso a los diversos fines de la pena⁷⁰. En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de Roxin, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia⁷¹. En el momento de la norma penal, la pena cumpliría una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad⁷². En la imposición judicial de la pena, los fines preventivos estarían limitados por la culpabilidad del autor (retribución)⁷³. Finalmente, los fines de resocialización adquirirían preponderancia en el momento de la ejecución penal⁷⁴.

Como puede verse, no se puede recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo del momento en el que se está, resultan preponderantes unos fines sobre otros. En la misma línea cabe destacar el planteamiento dialéctico de Silva Sánchez, quien recogiendo las exigencias garantistas como fines igualmente propios del derecho penal, sostiene que el fin legítimamente del Derecho penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista. Los excesos a los que se podrían llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas.

1.2.3. Función de Reestabilización de la Pena

Hasta ahora la exposición se ha centrado en las distintas variantes de las teorías preventivas de la pena o de teorías eclécticas que parten de la lógica de la prevención. Sin embargo, la función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención. En el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs. Si bien este autor denomina a su comprensión de la pena, al

⁷⁰ Para Günther JAKOBS la existencia de una metateoría impide que los fines de la pena se acumulen, en ese sentido, se evita un “modelo combinado” que tiene como consecuencia grave la indeterminabilidad de la pena [*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 35, apdo. 1, núm. 49].

⁷¹ Para ROXIN (*ob. cit.* en nota 27, pp. 96 y 97, §3, núm. 40) es necesario sopesar los fines de la pena y ponerlos en un orden de prelación.

⁷² Vid. *ob. cit.*, p. 98.

⁷³ Vid. *ob. cit.*, pp. 99 y siguientes, núm. 46 y siguientes, *et passim*.

⁷⁴ Vid. *ob. cit.*, p. 97.

igual que su maestro «prevención general positiva», un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva formulada por Welzel.

Jakobs cuestiona que la función del derecho penal sea motivar a las personas de evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el derecho penal aparece, en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el derecho penal tenga que intervenir por ellos (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo)⁷⁵, así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (en la tentativa, por ejemplo)⁷⁶. En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico⁷⁷. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión, sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor.

En el planteamiento de Jakobs se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo resulta posible una orientación en los contactos sociales. Si bien podría procederse cognitivamente frente a la decepción de expectativas en el marco de los contactos sociales, es decir, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (no confiar más en la norma defraudada), esta forma de resolver la defraudación de las expectativas haría finalmente difícil la convivencia social basada en la confianza. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió⁷⁸. Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma un *poena naturales*, como sucedería en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringió la norma. Este castigo convencional es la pena.

⁷⁵ JAKOBS, *ob. cit.* p. 11.

⁷⁶ *ob. cit.*, p. 12.

⁷⁷ *ob. cit.*, p. 13.

⁷⁸ *ob. cit.*, p. 18.

En síntesis, podría decirse que para la concepción de JAKOBS, el Derecho penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan un máximo de comportamiento incompatible con la norma correspondiente. La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con lo que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que estas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

4.2 LA REPARACIÓN COMO CONSECUENCIA PENAL

1.3.1 Introducción

La consideración de la reparación del daño como una tercera vía del Derecho penal resulta un planteamiento con relativa aceptación en la doctrina penal actual. En el plano legislativo, por su parte, pueden apreciarse diversos dispositivos materiales y procesales que se orientan precisamente en esta línea. En el primer caso, la reparación del daño constituye una regla de conducta en los medios alternativos a la pena privativa de libertad, así como un criterio específico para individualizar la pena (artículo 46º, inciso 9 del Código penal) e incluso tiene efectos eximentes en determinados delitos como los libramientos indebidos, los atentados contra el sistema crediticio o los delitos tributarios. En el ámbito procesal, la procedencia del Principio de Oportunidad requiere, en los supuestos más usuales, que el agente repare el daño ocasionado a la víctima o llegue a un acuerdo reparatorio con ella.

Con este panorama legislativo, no puede ya decirse que la participación de la víctima en el conflicto penal se desarrolla actualmente sólo a efectos de determinar la responsabilidad civil. El conflicto penal pasa a ser, de alguna manera, también una cuestión de la víctima, siendo relevante su intervención desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales como, por ejemplo, en el caso del principio de oportunidad en donde el acuerdo tiene por finalidad resarcirla como condición de no denunciar penalmente para la aplicación y determinación de una sanción penal, sin

embargo, de no ser el caso que exista dicho acuerdo por insatisfacción de la víctima, se deja de esta manera la consecuencia jurídico-penal y la eficacia preventiva del principio de oportunidad al arbitrio de la víctima, es decir, su participación dentro del conflicto penal no es del todo tímida como se cree.

1.3.2 Modelos de Inclusión de la Víctima

El innegable fenómeno de la orientación a la víctima del derecho penal se ha pretendido justificar teóricamente desde diversos puntos de vista. Siguiendo el análisis de Silva Sánchez⁷⁹, pueden identificar tres planteamientos:

A. Abolicionista

En primer lugar está el planteamiento de aquellos que buscan abolir total o parcialmente el Derecho penal, devolviéndole a la víctima el conflicto penal para que por medio de la conciliación y la reparación se solucione dicho conflicto. Pese a las loables buenas intenciones de los representantes de este planteamiento, parece ser que nuestra sociedad no ha alcanzado aún un nivel de desarrollo que permita una solución consensuada entre autor y víctima del delito⁸⁰.

B. Mixto

En segundo lugar, están aquellos que intentan un sistema mixto de solución del conflicto penal, en el que, por un lado, se mantenga la lógica de la afección a la colectividad (víctima potencial), pero se inserte, por el otro, la orientación a la víctima actual. La gran objeción a este planteamiento se mueve en el plano de las antinomias que pueden crearse por la mezcla de ambas perspectivas⁸¹.

C. Inclusivo-preventivo

Una tercera línea de interpretación de la orientación a la víctima del conflicto penal no abandona la lógica de los fines de la pena, sino que busca un desarrollo continuador de los conceptos jurídico-penales. De lo que se trata con este planteamiento, en definitiva, es integrar la orientación a la víctima en la lógica de

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación"*, en: Estudios de Derecho penal, Biblioteca de autores extranjeros, N° 5, Grijley, Lima, 2000, 213 y siguientes.

⁸⁰ *Ob. cit.*, p. 223.

⁸¹ *Ob. cit.*, p. 224.

la función del derecho penal. En nuestra opinión, los cambios legislativos que otorgan una incidencia penal a la reparación de la víctima deben interpretarse se acuerdo a este tercer planteamiento⁸².

Desde una perspectiva prevencionista resulta claro que no puede recurrirse a la fuerza intimidatorio de la reparación del daño para darle virtualidad penal, pues la posibilidad de reparar el daño producido pocas veces intimida o, en todo caso, eso dependería de las posibilidades económicas de cada sujeto, lo que implicaría un tratamiento desigual inaceptable. Por estas consideraciones, la reparación civil como tercera vía del derecho penal solamente podría encontrar asidero en la falta de necesidad de pena y en el efecto re socializador que produce el hecho de que el autor del delito se enfrente con las consecuencias de su hecho y busque una reconciliación con la víctima.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS POLÍTICO – CRIMINALES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

2.1. INTRODUCCIÓN

En la doctrina jurídico-penal se considera que razones de política criminal en orden al “interés público” son los que permiten evitar la persecución de determinados ilícitos y sobreseer por razones de oportunidad, especialmente tratándose de casos de poca gravedad, como consecuencia del “agotamiento” de posibilidades del sistema de justicia penal.

Al respecto, es ilustrativo lo que viene aconteciendo con el tratamiento Penal y Procesal Penal de los “delitos de bagatela”, en ese sentido, la “criminalidad de poca monta” se vuelve de práctica reiterada y afecta esencialmente a la propiedad y al tráfico rodado en relación con lesiones e infracciones administrativas. En el momento

⁸² *Ob. cit.*, p. 225.

en que esta forma de criminalidad se presenta de manera masificada, incide directamente en las siguientes cuestiones:

1. La sobrecarga en la administración de justicia, principalmente en los casos, también más frecuentes, en que la regulación procesal penal ha sido elaborado sin pensar en ese tipo específico de delitos.
2. La falta de proporción de la pena, que resulta excesiva en la mayoría de los casos, sin que se cuenten con elementos correctivos que la adecuen.
3. La desvalorización del Derecho penal en cuanto dice por un lado, que dichos delitos por su habitualidad pueden afectar a una inmensa mayoría de ciudadanos, impidiendo una reacción intimidatoria y, de otro, porque estando la inmensa mayoría de los mismos por descubrir, el efecto amenazador de la pena queda prácticamente eliminado; y,
4. La protección del bien jurídico, ya que, por más que se argumente la falta de importancia del delito de bagatela tomando en su individualidad, el hecho es que, de forma masificada, acaba convirtiéndose en cualquier cosa menos una “bagatela”, sobre todo por falta de seguridad jurídica que en la ciudadanía puede provocar la no persecución de estos hechos, con el consiguiente efecto de eventuales reacciones de autotutela.

Desde la óptica del proceso penal –que ha asimilado los datos proporcionados por la ciencia empírica- coincidimos con Maier cuando afirma que hace tiempo se verificó la utopía práctica que se esconde tras el principio de legalidad (decisiones informales pero reales de los particulares y de los órganos de persecución penal del Estado), ello provocó la necesidad de racionalizar estas decisiones poniéndolas en manos de los órganos con responsabilidad política, a fin de evitar la persecución en aquellos casos en los que esa decisión resulte apoyada por algún fundamento plausible, determinado por la ley .

Por lo tanto, conforme a Palacios Dextre y Monge Guillergua, “el Estado se encuentra imposibilitado de ocuparse de todas las transgresiones normativas que se realizan y, por ello, en aras de la eficacia de la persecución penal, en aquellos casos menos graves que la ameriten, la solución político criminal más acertada es aquella que va dirigida a evitar la persecución represiva en los supuestos legalmente seleccionados” .

Los criterios de oportunidad legalmente establecidos se convierten en eficaz auxilio para la desincriminación de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la eficacia del derecho penal en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social.

2.2 RAZONES POLÍTICO - CRIMINALES

A. La ineficacia del sistema. Selectividad controlada o selectividad caótica

El sistema penal en nuestra sociedad es incapaz, por los exiguos recursos de los que dispone, para procesar todos los casos penales bajo su competencia. Esto implica la amplia duración de los procesos penales, provocando una vulneración de los plazos procesales legalmente establecidos, debido a que los esfuerzos del sistema penal en vez de orientarse hacia casos con relevancia penal, se dispersan y diversifican hacia casos que podrían resolverse mediante otros mecanismos, tales como los criterios de oportunidad.

Sin embargo, estas no son las consecuencias más graves de la ineficacia del sistema penal, queda como una de las principales y más tristes de éstas el hecho de que operen criterios de selección extra-jurídicos (factores de poder y desigualdades reales) para determinar las causas que merecen la actuación de los órganos jurisdiccionales. En este sentido está demostrado empíricamente que en la aplicación del derecho penal opera de facto un proceso de selección informal, en clara contradicción con el orden legal de perseguir todos los delitos de acción pública (principio de legalidad). Se comprueba así que no todos los delitos son denunciados, que de los denunciados no todos son descubiertos, y que de los descubiertos no todos llegan a una sentencia.

Los sistemas de investigación modernos tienden a basarse cada día más en criterios de persecución selectiva (pautas de oportunidad legalmente establecidas), como respuesta a la realidad de la sobrecarga de trabajo de la justicia penal que se ha manifestado durante muchos años y que es una de las causas más directas de la impunidad. Además, las recientes tendencias de política legislativa que pretende atajar el atasco de los tribunales penales, no dudan en echar mano de criterios de

oportunidad para poner coto a la proliferación de procesos penales: la conformidad del imputado con la pena, los delitos de bagatela, la aceptación de experimentos o medidas alternativas a la pena, ponen en tela de juicio la configuración clásica del procesal penal .

De esta manera, los criterios de oportunidad operan, también, como herramientas que diversifican el control formal a otras vías de solución de conflictos. En realidad no queda otra alternativa debido a que la fuerza de los acontecimientos hace que el derecho penal se aplique -en gran cantidad de casos- sin oír el llamado del principio de legalidad; en consecuencia, como anota Barreiros, “...el verdadero argumento a favor del uso de criterios de oportunidad es el de que solo él permite una selección preliminar, de entre los hechos abstractamente punibles, de aquellos que cumplirán ciertos requisitos de punibilidad efectivamente deseados, es decir, una estrategia diferenciada en cuanto al ejercicio de la acción penal.”

B. Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas tiene carácter fundamental. Ha sido concebido como derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo . Se consigue reforzar los principios de celeridad y eficacia del proceso penal a través de la adopción de medidas procesales que determinen la incorporación del sobreseimiento por razones de oportunidad en los delitos-bagatela.

El retardo de la justicia penal amplía el acoso social del delito al frustrar las expectativas de la parte afectada o agraviada en que se resuelvan de manera satisfactoria sus intereses reparatorios (cuando ello es materialmente posible), en ese sentido, y conforme al refrán, la “justicia que tarda no es justicia”. En efecto, conforme a Palacios Dextre y Monge Guillergua, debe tenerse en cuenta que tratándose de un derecho fundamental engarzado a aquel otro de la “tutela judicial efectiva” al Estado no le queda otra alternativa más que legislar de la manera más adecuada para lograr su pronta plasmación.

C. Búsqueda de la celeridad del proceso penal

El proceso penal significa inversión de tiempo y dinero. El tiempo a su vez, significa demora en obtener el pronunciamiento judicial, que es el fin perseguido. Significa un lapso en el cual las partes deben realizar un esfuerzo, así como el Estado; en consecuencia, como afirma Hernando Devis Echandía, el principio de economía procesal coadyuva a la plasmación del debido proceso penal.

Al respecto, Couture afirma que “el tiempo en el proceso, más que oro, es justicia” . Sin embargo, para Palacios Dextre y Monge Guillergua la celeridad no debe confundirse con la peligrosa precipitación, en ese sentido, “...la celeridad debe tender a proporcionar al proceso penal un ritmo tan rápido como sea posible sin que se produzca menoscabo alguno de los principios jurídicos fundamentales como la presunción de inocencia o el derecho de defensa.” En consecuencia, un proceso acelerado -que no deje de lado las garantías fundamentales del proceso penal- irá en beneficio del delincuente como de la víctima. La pronta indemnización de la víctima se asegura con un proceso de pronta conclusión. El uso de los criterios de oportunidad una vez iniciado el proceso, posibilitan en gran medida este cometido.

D. Sobre criminalización

El sistema penal peruano ha “desbordado” los índices tolerables de criminalización. Esta afirmación no es exagerada frente a la realidad carcelaria. El derecho penal como última ratio ha sido mayoritariamente aceptado en las instancias de producción intelectual jurídico penal, más no así en aquellas que tienen en sus manos las riendas del poder legislativo y ejecutivo , y mucho menos en la población pues cree que con la imposición de la pena, y entre más drástica sea esta, se soluciona los males sociales.

E. Revitalización de los objetivos utilitarios de la pena

Entendiendo la pena como “privación o restricción de bienes jurídicos”, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal, su aplicación tendrá sentido siempre y cuando sea la consecuencia jurídica frente a acciones realmente desvaliosas o “dañosas” socialmente; en ese

sentido, la fundamentación liberal del Estado y del derecho penal en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena una función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos .

La pena meramente retributiva -a la manera como la entendieron Kant y Hegel, conforme se ha visto en el capítulo anterior- ha cedido frente a las posturas utilitarias. La concepción preventiva y la retributiva de pena son dos ramas que parten de un mismo tronco, esto es, de la filosofía liberal del derecho entendido como un instrumento al servicio del hombre antes que del Estado. En lo que difieren básicamente, sin embargo, es en cuanto a la concepción del hombre: mientras que los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, los idealistas giraban en torno a un hombre ideal; en ese sentido, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón, desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana .

Según Kant la pena es un “imperativo categórico” y, como tal, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria. La pena no se justifica porque sirve a la sociedad, y el castigo del individuo, que es “fin en sí mismo”, no puede instrumentalizarse en aras de fines preventivos ajenos. Para Hegel el carácter retributivo de la pena halla su justificación en la necesidad de restablecer la concordancia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico con la voluntad especial del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la previa negación de la voluntad general causada por la voluntad especial del delincuente.

Las teorías absolutas parten de que la pena es un mal, pero no un mal sin un fundamento, sino, con palabras de Maurach y Zipf, “...un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento del derecho. El mal de la pena compensa en virtud de una merma del derecho (del autor), la usurpación del derecho (ajeno) propia del delito. Toda pena es, por esencia, retribución.”

Las teorías absolutas, tal como se han planteado en este siglo, no han sido tan absolutas como sus textos dan a entender; ciertamente, han mantenido la negación

del delito y la realización de la justicia como fines de la pena, pero con matizaciones muy próximas a las modernas teorías funcionalistas. Precisamente, con la realización de la justicia la pena pretende alcanzar el respeto general de la ley; fortalecer el sentimiento de autorresponsabilidad o profundizar las concepciones morales de la sociedad. Con ello, queda ya muy quebrantado el carácter absoluto de estas teorías, pues la realización de la justicia se funcionaliza, vinculándose a fines sociales, de modo parecido a como preconiza hoy la teoría de la prevención general positiva. Entonces, la máxima sanción del derecho está hoy, en primer lugar, al servicio de fines de carácter social antes que a la realización de una idea de justicia. La criminalidad no es exclusivamente un fenómeno filosófico ético, sino un fenómeno molesto, gravoso socialmente, que con la sola teoría de la retribución no se puede combatir con éxito.

No cabe duda que la prevención contribuye a la afirmación del fin racional del derecho punitivo. Los planteamientos puramente preventivos bien pueden suministrar criterios de limitación al *ius puniendi*. En este sentido, aportan interesantes instrumentos limitativos al derecho de castigar estatal las teorías relativas de la pena. En consecuencia, no encontramos ya razón para que se continúe usando la idea de retribución como fundamento o límite de la pena. La pena legítima es aquella que resulte necesaria. El Derecho penal es *extrema ratio*, esto es, un control extremadamente formalizado del Estado que solo debe ser esgrimido en último término cuando han fracasado todos los otros controles. La pena debe estar al servicio de la protección de los bienes jurídicos y de la reinserción del autor en la comunidad jurídica.

F. Procura de una mayor economía procesal

Se presenta como una utilidad político criminal la descriminalización que trata de evitar la aplicación del poder penal dando paso a otras formas de control social, lo cual trae por añadidura el descongestionamiento del saturado sistema penal. En este sentido, refiriéndose a la legislación alemana, Baumann afirma: "...las ventajas de la introducción del Principio de Oportunidad consiste en la transmisión rápida de los delitos en masa más leves, en la economía y en la inexistencia de la mácula de la pena. Los inconvenientes son una vigorosa irrupción en el principio de legalidad, la

aparición del regateo o éste mismo y (en los delitos contra el patrimonio) el excesivo poder de reacción del Ministerio Público. Estos casos están sustraídos prácticamente a la decisión del Tribunal y el Ministerio Público es autoridad sancionadora.” En consecuencia, el proceso penal debe atender a múltiples intereses tanto generales como particulares, en ese sentido, Beling afirma que “...el interés común exige que el proceso se realice rápidamente, y ya que no puede rendir ventajas económicas por su misma naturaleza, que sea, al menos, lo más barato posible (principio de economía del proceso)...” .

G. Ratificación del principio de igualdad

Al operar como fórmula alternativa ante las pautas de selección extra-judiciales con la incorporación de criterios predeterminados normativamente de modo racional y coherente. No cabe duda que ello contribuye a la transparencia del sistema al orientar la selección a fines políticos utilitarios, plausibles de un Estado social y democrático de derecho. En ese sentido, la regulación legal de los criterios de oportunidad sirve de auxilio efectivo para corregir disfunciones del sistema penal.

Es una herramienta importante del principio de igualdad. A su vez, corrige el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.

En consecuencia, como anota Maier, “(...) la regulación de los criterios de selección, como son las pautas de oportunidad, contribuyen a la transparencia del sistema y de la forma, modo y efecto con los cuales se opera la selección. Esa transparencia contribuye y, con ello, a fijar responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidirla.”

H. La finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima

Teniendo presente el carácter subsidiario del derecho penal y que el proceso penal es en principio un proceso de partes, al Estado no le compete adueñarse de sus conflictos ni erigirse como un tutor de los mismos. En consecuencia, el rol de la víctima se fortalece importándole, más que a nadie, la reparación inmediata de los bienes jurídicos vulnerados en el conflicto generado por el delito.

La víctima debe tener la posibilidad de expresar su voluntad así como de hacerla efectiva para lograr una solución alternativa a la meramente represiva. Puede obtener una satisfacción de sus intereses reparatorios usando caminos paralelos a los que expresamente señala la ley, pero nunca en contradicción con ésta. La función judicial o del Ministerio Público, según el caso, tiene que ser la de promover las formas de conciliación, es decir, que habiendo un acuerdo entre las partes para solucionar su conflicto, éste debe tener la capacidad de dar término al proceso.

La conciliación como fórmula de resolución de los conflictos generados por el delito demuestra su eficacia al satisfacer las necesidades de la víctima. De esta manera, la víctima se siente amparada por el proceso penal en sus necesidades efectivas y reales. Asimismo, se procura una mejor protección de los bienes jurídicos, se acrecienta el sentimiento de seguridad ciudadana, se obtiene la reinserción social del presunto autor al permitirse la reparación a la víctima como una manera de eludir la represión exclusivamente punitiva.

Este constituye, también, uno de los objetivos de los sistemas de transacción penal anglosajón. El común denominador de todos ellos es el de poderse aplicar a hechos punibles que llevan aparejados penas privativas de libertad, siempre y cuando el acusado se confiese culpable.

I. Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.

A esta finalidad responde también el “plea-bargaining” americano que, en ciertos Estados de USA, se utiliza para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en la cárcel, en nuevos y más peligrosos delincuentes, por lo que el Ministerio Fiscal, tras los oportunos dictámenes psiquiátricos, puede llegar al convencimiento de la oportunidad del sobreseimiento. Este designio lo tiene igualmente el “patteggiamento” italiano.

J. Contribuir a la consecución de la justicia material por sobre la formal

Consideramos como uno de los más importantes fundamentos políticos criminales por los cuales el legislador ha introducido criterios de oportunidad en

nuestro ordenamiento procesal, la necesidad de descongestionar el sistema de impartición de justicia punitiva. Sabido es que ningún sistema judicial puede atender todos los casos concretos que se le presentan, razón por la cual se vuelve indispensable establecer legalmente posibilidades de selección razonables que procuren aminorar su carga.

Razones de convivencia, especialmente del tipo político y económico, operan al momento de elaborarse las pautas en base a las cuales el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, en su caso, el juez sobreseer la causa una vez iniciado el proceso.

La persecución penal resulta innecesaria cuando se produce hechos de ínfima importancia (delitos de bagatela), cuando la culpabilidad del autor de un delito es mínima o cuando éste se ve afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito. Resulta indispensable para la efectiva aplicación de los criterios de oportunidad, en todas sus manifestaciones, una reforma global de la organización judicial, con la necesaria reestructuración de los órganos de justicia penal, tribunales y Ministerio Público.

La necesidad de una reforma de tales características fue tomada en cuenta por los miembros del proyecto final del Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Este proyecto, una verdadera declaración sistematizadora de las ideas más progresistas en materia de proceso penal, tiene como una de sus propuestas principales la búsqueda de diversos mecanismos de selección de casos, con la mitigación de los principios de obligatoriedad e indisponibilidad para la adopción de una oportunidad reglada y sujeta a control jurisdiccional; la posibilidad de suspensión condicional del proceso, por un periodo de prueba; los procedimientos abreviados para las infracciones menores; todo para excluir rápidamente del sistema un gran porcentaje de casos.

La imposibilidad de perseguir todos los delitos significa, en la práctica, la aparición de métodos ocultos de selección informales y políticamente caóticos. Los principios de obligatoriedad e indisponibilidad venían siendo corroídos paulatinamente por una realidad desbordante. No es un secreto el hecho de que un gran porcentaje de delitos cometidos no pasaban por el filtro jurisdiccional. El

Ministerio Público no ejercitaba la acción penal debido a que los titulares de los intereses en conflicto llegaban a un acuerdo.

Otro fundamento político criminal para la introducción de criterios de oportunidad lo ubicamos en la preocupación que tiene el nuevo proceso penal de que se satisfagan los intereses reparatorios de la víctima del delito. En la mayoría de los casos, la mera aplicación de la sanción penal al agresor descuida este interés inmediato.

Tomando en cuenta esta situación, el proyecto del Código Procesal Penal señala en su Art. 2°, que será necesaria la reparación del daño ocasionado por el agente o que exista acuerdo con el agraviado en este sentido para que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal.

La resolución de abstención está supeditada al pago de la reparación civil a cargo del imputado. Si este último no cumple con el pago en el plazo acordado con el agraviado, se suspende la resolución de abstención hasta el cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará resolución de promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

Para procurar el acuerdo entre el agraviado y el imputado el fiscal citará a ambos con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejando constancia en acta. Es necesario subrayar que la inasistencia del agraviado no imposibilita la determinación del monto reparatorio correspondiente pues el fiscal lo puede hacer. Aún más, de no llegarse a un acuerdo entre la víctima y el imputado, acerca del plazo para el pago de la reparación civil, el fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. La diligencia de acuerdo, que establece el proyecto del Código Procesal Penal, para lograr el pago de la reparación civil a cargo del imputado, significa una mayor apertura a la transacción en la resolución de los conflictos generados por la comisión de delitos de poca gravedad. Las soluciones reparatorias o conciliatorias concitan la mayor atención en el nuevo derecho procesal penal.

El Estado no debe cuidar de cosas insignificantes, pudiendo dejar de promover el ius puniendi cuando verifica que al ejercicio de la acción penal puede sobrevenir más inconvenientes que ventajas. En este punto enlazamos los casos de mínima afectación al bien jurídico. Los ilícitos penales de bagatela se inscriben, en estos casos, dentro de las pautas de oportunidad legalmente establecidos.

2.3 BALANCE

Conforme al principio de estricta y absoluta necesidad de la pena, en el ejercicio de la acción pública ha de regir siempre “la utilización de los criterios de oportunidad”, el cual no colisiona con el formal principio de legalidad de los delitos y de las penas como señalaron autores, pues, cuando se estime que es oportuno perseguir, cuando es estrictamente necesario, se hará conforme al principio de la ley estricta e irretroactiva. En base a esto, el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal cuando sea estrictamente necesario y conveniente. Esto abre paso al uso de los criterios de oportunidad.

Si partimos de la afirmación de que el fin exclusivo de la pena es la prevención –tanto general como especial-, esta consideración nos llevará, inevitablemente, a admitir la adopción de criterios de oportunidad, puesto que tal institución no hace más que facilitar dicho cometido. Como certeramente enseña Roxin: la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos –un tal efecto solo se puede esperar de una ilustración rápida y efectiva sobre el delito-, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza de que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana puede reafirmarse en contra de perturbaciones graves.

El derecho penal y procesal penal de un Estado democrático de derecho debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos. La función preventiva de la pena debe estar orientada con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Asimismo, deberá recurrirse a la apertura del proceso penal cuando no haya otra alternativa para la solución de los conflictos sociales, teniendo siempre presente, como lo hacía Carnelutti, la identidad del juicio con la pena, pues estar sometido a un proceso es una desgracia: el juicio implica el castigo. La pendencia del proceso criminal, aunque no existe todavía la condena, ni tampoco el inculpado esté detenido, es suficiente para procurarle un sufrimiento. De ahí que Carnelutti hablara de “penosidad del proceso penal”.

En los delitos de bagatela, la necesidad preventivo general es ínfima, en consecuencia, es preciso dejar de castigar estos injustos penales insignificantes prescribiendo legalmente la posibilidad de que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal en estos casos:

- a) Si estando de acuerdo las partes respecto a la aplicación del criterio, el agraviado sin embargo discrepare en cuanto al monto de la reparación u otros extremos. En este caso el Fiscal Superior confirmará los extremos materia de apelación. En caso de revocar, fijará el nuevo monto y/o forma de pago, si así correspondiera (artículo 14° del Reglamento).
- b) Lo resuelto por el señor Fiscal Superior tendrá carácter definitivo; su Resolución no es impugnabile.

TITULO III

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DEL PROBLEMA

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El tema de nuestra investigación parte del supuesto de que el principio de oportunidad recientemente incorporada a nuestro sistema procesal penal no viene produciendo los resultados esperados en su aplicación práctica en la etapa de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público y en la etapa judicial a cargo del juez. El principio en estudio puede resolver en parte la sobre carga procesal, que afecta al sistema de justicia penal peruano, además de beneficiar tanto para la víctima, como para el imputado cuando se ha cometido un delito de poca cuantía o poca trascendencia social, el principio de oportunidad adecuadamente aplicado permitiría una mejor calidad del servicio de justicia a nivel nacional, ya que como es de público conocimiento nuestro sistema de justicia cuenta con mínimos recursos, para resolver los conflictos de una manera pronta y segura.

En el contexto social peruano se presenta un alto índice del fenómeno delictivo sobre todo el relacionado con la pequeña criminalidad. El ordenamiento procesal penal se encuentra regido por el principio de legalidad. Empero con la introducción de los

critérios de oportunidad se verán alteradas alguna de sus manifestaciones, sobre todo las vinculadas con la facultades que la ley asigna al fiscal para el inicio del proceso, como es el principio de obligatoriedad, conforme al cual la fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal ante toda *notitia criminis* que llega a su conocimiento. Así mismo el instituto de oportunidad en el carácter indisponible de la misma, cuya base teórica se identifica con el principio de legalidad. La aplicación correcta del principio de oportunidad permitirá solucionar algunos de los problemas que aquejan a este sistema de justicia penal peruano como descongestionar en parte el saturado sistema judicial; evitando desigualdades, ya que se deben fijar objetivamente los criterios de selección, que sería una forma de sincerar el sistema selectivo de la maquinaria punitiva, con patrones objetivos y jurídicos, asistenciados por la política criminal.

El principio de oportunidad debe ser catalogado como un extraordinario instrumento estratégico que posibilite la flexibilidad en la persecución penal y que como política apunta a un afianzamiento de la mejora del servicio al público partiendo de la tesis de que el principio de oportunidad es uno de los mejores filtros procesales que debe ser utilizado prioritariamente por todos los fiscales penales y mixtos de la república, por cuanto estamos aludiendo a una institución procesal que quiebra la inflexibilidad del clásico principio de obligatoriedad de la acción penal.

Como bien lo señala Ore Guardia, nuestro sistema penal tiene una base inquisitiva pues señala que tiene como regla casi absoluta que todo delito debe ser investigado y sancionado, en base al principio de legalidad, por el cual ante la noticia de la posible comisión de un hecho delictivo, existiría la obligación de perseguirlo y sancionarlo a través de las entidades competentes del Estado. Dicha obligación funcional de perseguir y sancionar todos los delitos, tendría su sustento en la concepción de una justicia absoluta, a la que no puede escapar ningún delito. Por ello se afirma que en un nuevo modelo de justicia penal, la preocupación central no debe ser sólo la solución formal del caso, sino la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por el delito. En consecuencia el proceso penal no puede permanecer al margen ni de las exigencias propiciadas del modelo de Estado en el que se desarrolla ni por consiguiente de las funciones que el derecho penal asuma en un concreto momento histórico y respecto a un ordenamiento jurídico determinado. Se infiere entonces que el principio de oportunidad reglado sirve al interés público existente en la resocialización

del imputado y responde a las exigencias del moderno Estado de Derecho y a la función de prevención especial que la pena y el derecho penal asumen en él. En consecuencia, considera que la respuesta penal frente a la pequeña y grave criminalidad no puede ser la misma. Se precisa, en estos casos, de una respuesta jurídica adecuada, “justa y útil” incorporando la tendencia metodológica de separar la grande de la “pequeña o mediana” criminalidad invocando a poner en práctica el principio de oportunidad, el cual opera como correctivo de las disfunciones generales por la irrestricta aplicación del principio de legalidad, por ese motivo el principio de oportunidad viene siendo incorporado en la mayoría de reformas contemporáneas de los ordenamientos procesales penales.

En suma el principio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, bajo determinadas condiciones de abstenerse de su ejercicio o en su caso de solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos, además cuando existan algunos elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio, el cual no implica necesariamente la aceptación de culpabilidad. Por ende, analizar la problemática de este tema contribuirá al perfeccionamiento de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de la investigación preliminar y judicial del proceso penal peruano.

1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA

A. Problema Principal

- ¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?

B. Problema Secundario

- a) ¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso) en la etapa preliminar del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?

- b) ¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad intra proceso en la etapa judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?
- c) ¿Cuáles son los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?

CAPITULO II

LA INVESTIGACION

2.1 INVESTIGACIONES PREEXISTENTES

Efectuado la revisión de la relación de tesis de investigación sobre el presente tema en la Biblioteca Central de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, la Biblioteca Especializada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Escuela de Post Grado, no se encontraron tesis de pre-grado, ni de Post Grado sobre la materia.

2.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

- **Delimitación espacial**

La presente investigación se efectuará geográficamente en el Primer y Segundo Juzgado Especializado en lo Penal y la Primera y Tercera Fiscalía Provinciales de la Provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho.

- **Delimitación temporal**

La presente investigación comprenderá el año 2012.

- **Delimitación Cuantitativa**

La presente investigación se realizara ante el Ministerio Público y el Poder Judicial de Ayacucho.

2.3 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

El alcance de la presente investigación abarca la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.

2.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.4.1 Objetivo general

Con esta investigación pretendo:

- Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.

2.4.2 Objetivos específicos

- a) Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso), en la etapa preliminar del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.
- b) Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad intra proceso, en la etapa judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.
- c) Establecer los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.

2.5 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

2.5.1 Justificación de la Investigación

En el presente trabajo de investigación se ha abordado un interesante problema suscitado a nivel fiscal y jurisdiccional, referido a la aplicación del

principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.

El objeto principal de esta tesis es descubrir y analizar las causas que están restando eficacia a la aplicación del principio de oportunidad como trascendental mecanismo alternativo de solución de conflictos en el ámbito penal. En lo que respecta al ámbito del derecho penal en el cual se encuentra incurso nuestro tema en estudio es indispensable solucionar la lentitud paquidérmica con que se desarrollan los procesos penales actualmente, con sus fallos y decisiones tardías, inoportunas y muchas veces ineficaces, obviando todo plazo o término legal previsto en los códigos o leyes. Igualmente otro gran problema lo constituye la congestión de los despachos judiciales que desborda la capacidad de trabajo de los funcionarios y personal judicial, sobrecargando sus labores con delitos de menor importancia.

Es por ello que se busca solucionar en gran parte este problema, mediante la incorporación del principio de oportunidad el cual constituye una excepción a la rigidez del principio de legalidad, otorgando a los Fiscales Provinciales la capacidad de abstenerse de ejercer la acción penal, no formalizando denuncia conforme a lo señalado por el Código Procesal Penal y aplicable fundamentalmente a los delitos denominados en la doctrina como de bagatela, por su escasa importancia y trascendencia social.

2.5.2 Importancia de la Investigación

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

- a) Permitirá enriquecer la ciencia penales sobre el tema de la aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela y que la sociedad estudiantil, magistrados, ciudadanos y abogados tomen conocimiento de la realidad jurídica regional sobre el tema.
- b) Contribuirá en las futuras decisiones fiscales y judiciales a determinar en forma objetiva y correcta la aplicación de la norma jurídica en estudio.
- c) Se enriquecerá en el tema la futura formación de los profesionales del Derecho.

d) Permitirá comprender las dificultades y limitaciones que existen en la aplicación del principio de oportunidad con respecto a los delitos de bagatela.

2.6. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

a) En el año 2002, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Rosa Ruth Benavides Vargas, expuso su trabajo de investigación titulado: Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano llegó a la conclusión final de que:

- La conciliación en el proceso penal peruano se presenta únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad tanto en la etapa de investigación preliminar como en la etapa judicial.
- La aplicación de la conciliación en el proceso penal peruano presenta problemas socio jurídico que limitan su desarrollo y que no han sido debidamente identificados por el legislador.
- La falta de capacitación en técnicas de conciliación de los señores fiscales y jueces especializados en lo penal, incide directamente en la menor probabilidad de causas penales solucionadas con éxito, en la aplicación del principio de oportunidad.

b) En el año 2005, en la Pontificia Universidad Javeriana Carolina Aristizabal González expuso su trabajo de investigación titulado: Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana, llegó a la conclusión final de que:

- En desarrollo de la norma constitucional contenida en el Acto Legislativo número 003 de 2002 y como excepción al principio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, se introduce en el derecho procesal penal la figura del Principio de Oportunidad, que busca asignar a la Fiscalía facultad discrecional para abstenerse de formular acusación penal en algunos casos. La

adopción de este principio se inspira, como en el derecho continental europeo, en la necesidad de adoptar una política criminal que, resolviendo por otros mecanismos la investigación de conductas delictuosas de menor importancia, permita al ente fiscal dedicarse con mayor eficiencia a la investigación de los delitos que mayor peligro representen para la paz y la tranquilidad ciudadanas.

- La discrecionalidad otorgada a la Fiscalía por la figura del Principio de Oportunidad, no es absoluta como en el derecho anglosajón que funciona en los países británicos y norteamericano, sino que es una discrecionalidad reglada. Por una parte su ejercicio está delimitado a las causales expresamente establecidas por la ley, y por la otra la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad a un caso concreto deberá someterse al control de legalidad respectivo dentro de los cinco días siguientes.

- **Fundamentos o bases teóricas**

En las siguientes líneas, usted tendrá una visión panorámica en cuanto al tratamiento teórico de algunos conceptos que implican en este trabajo de investigación, como la problemática del tratamiento de los delitos de bagatela y el principio de oportunidad.

Definición del Principio de Oportunidad

Respecto a la definición del principio de oportunidad el jurista Pedro Miguel ANGULO ARANA, sostiene que lo que genera la oportunidad es un procedimiento de abstención fiscal de ejercitar la acción penal, en virtud del cual, vía la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad concretos, el fiscal se apartará discrecionalmente de su función persecutoria, ofreciendo al inculpado, una propuesta conciliatoria que, finalmente, de ser aceptada, culminará con resolución final que tendrá el carácter de irrevisable. Asimismo Jorge Rosas Yataco, sostiene que el principio de oportunidad implica la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público, cuando ocurra alguna de las circunstancias taxativamente señaladas en la ley. Por su parte Carlos Alberto Torres Caro sostiene que es un postulado rector que se contrapone excepcionalmente al principio de legalidad procesal corrigiendo su exceso disfuncional, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la

actividad jurisdiccional penal, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena una falta de merecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, a un grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, y asimismo, promover bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio del derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima⁸³.

Por otro lado Claus Roxin define el principio de oportunidad, como aquel mediante el cual se autoriza al fiscal a votar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –es archivando el proceso- cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado con gran probabilidad, ha cometido un delito⁸⁴.

Fundamentos del Principio de Oportunidad

La gran mayoría de autores señalan el principio de oportunidad se orienta hacia una política de desprocesamiento, evitando que delitos de poca gravedad, impacto social y de penalidad, sea objeto de proceso penal.

En la doctrina se han elaborado una serie de argumentos entre los cuales tenemos:

1. Escasa relevancia de infracción lo que distorsiona la condición de “última ratio” del derecho penal.
2. Evitar los efectos crimen o ajenos de las penas cortas privativas de libertad, sobre todo para aquellas personas que nunca han delinquido y para evitar el contagio criminal que la cárcel suele producir.
3. Atender a razones de economía procesal y a la falta de interés público en la punición.
4. Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad.
5. Estimular la pronta reparación del daño. Constituye otro de los objetivos de la transacción penal, si bien el criterio suele ir acompañado de otros, tales como la

⁸³Torres Caro, Carlos Alberto. El Principio de Oportunidad: un criterio de justicia y de simplificación procesal. Administración de Empresas. Librería Editorial S.A., Lima pág. 16.

⁸⁴Armenta Deu, Teresa. Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad, Barcelona, 1991, Pág. 66.

renuencia del imputado al cuerpo del delito, el pago al Estado de los beneficios obtenidos mediante la infracción, la edad avanzada o el estado de enfermedad del inculpado.

6. Prevención especial, ya que el imputado se acoja a éste principio, se entiende que no volverá a incurrir en infracción penal, por esto quizá sea oportuno incidir en la obligatoriedad de la inserción del delincuente como una forma de reparar el daño causado, sobre todo cuando el agraviado es el Estado.
7. Correctivo a la disfuncionalidad e ineficacia del sistema penal, permitiendo que el derecho penal de ha sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.
8. Evitar una doble penal para el causante del delito, puesto qe la pena a imponérsele sólo acrecentaría el propio daño inferido, esta falta de necesidad de la pena porque la gente ha sido afectado grave y directamente por las consecuencias de su propio delito.

Como lo señala Calderón Sumarriva, Ana, en el Perú se optó éste principio dentro del contexto de una política legislativa destinada a:

- Obtener un tratamiento rápido y simplificado de las infecciones leves.
- Agilizar la justicia penal ante un grave congestionamiento de los asuntos penales.
- La necesidad de que los órganos de persecución penal concentren su atención a hechos punibles graves o complejos⁸⁵.

Justificación del Principio de Oportunidad

La gran mayoría de autores coinciden que éste principio surge ante la imposibilidad de perseguir todos los hechos delictivos, lo que provocaría un colapso de la administración de justicia penal o, en todo caso la imposibilidad de perseguir la gran criminalidad, por lo que tiene una función supletoria de las deficiencias que se observaron, la cual por cierto marcan los límites de su operatividad: la pequeña y mediana criminalidad⁸⁶.

Respecto a la justificación del principio de oportunidad, Torres Caro, Carlos Alberto, lo resume en tres puntos:

⁸⁵Calderón Sumarriva, Ana y Águila Grados, Guido. Derecho Procesal Didáctico. Editorial San Marcos. Lima – Perú, 2001. Pág. 76.

⁸⁶San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Vol. I. Editorial Jurídica Grijley.

1. La crisis del sistema judicial
2. La sobrecarga y congestión procesal
3. La sobrecarga y congestión penitenciaria.

Es claro que se necesita de solucionar problemas concretos que arrastra el sistema judicial, la crisis que se manifiesta, por un lado, con el hecho de que el derecho penal no llega a sus destinatarios; y por otro, con el hecho que el modelo procesal vigente está caduco y entorpece la justicia para la víctima; a ellos hay que añadir preexistencia en la saturación procesal que inunda el sistema y lo hace no sólo inoperativo, si no, deficiente, provocando ellos a su vez, una congestión penitenciaria, dado que hace poco tiempo, la mayoría de procesos con reos en cárcel se encontraba por delitos de mínimo impacto social y que incluso en altos porcentajes no había sido sentenciados, debido a ellos fue la necesidad de dar dispositivo que contribuyera a solucionar estos problemas, como es la aplicación del principio de oportunidad. Como nos lo señala, Torres Caro, Carlos Alberto. Por ello y para ello hace su aparición el principio de oportunidad, como un correctivo de la aplicación irrestricta del principio de legalidad procesal y una punta de lanza del instituto conciliatorio⁸⁷.

Objetivos del principio de oportunidad

a) Descriminalización

Respecto a hechos punibles, evitando la aplicación del poder sancionador de la norma penal, cuando otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.

b) Resarcimiento a la víctima

Como segundo objetivo del principio de oportunidad se señala el resarcimiento rápido y oportuno a la víctima por el daño ocasionado, de tal manera que no haya necesidad de esperar lo más de uno o más años que dura un proceso, para que el afectado o víctima obtenga una reparación.

⁸⁷Torres Caro, Carlos Alberto. Ob. Cit. Pag. 16-17.

Esta rapidez y oportunidad en el resarcimiento a la víctima, tiene suma importancia, en cuanto va a permitir a ésta contar con los medios económicos para tratar de alguna manera sobrellevar o amenguar el dolor o perjuicio provocado, pues si éste resarcimiento no es oportuno no tendría mayor trascendencia.

c) Eficiencia del sistema penal

Otro de los objetivos del principio de oportunidad sería la búsqueda de la eficiencia del sistema penal en aquellas situaciones en las que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal saturada de procesos, que no permiten el tratamiento preferencial de aquellos considerados graves o de mayor lesividad social.

Objeto y finalidad del principio de oportunidad

Objeto.

El objeto del principio de oportunidad por la mayoría de autores consiste en corregir la disfuncionalidad del principio de legalidad procesal, dando así y creando una mejor calidad de justicia a las partes. Este principio faculta al titular de la acción penal, que es el Fiscal, a decidir sobre si se inicia o no la actividad judicial penal, concluyendo por un acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma.

Finalidad

La necesidad de solucionar, aunque no de manera total, la crisis del sistema en los puntos graves como el problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria y, asimismo, promover bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio del derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima. Además promoviendo con ello las nuevas tendencias del derecho conciliatorio frente al procesalismo.

Clases y Formas

a) Clases

Principio de oportunidad rígido: es cuando dentro de la legislación se estipula una serie de condiciones para su aplicación y además se articula expresamente los tipos penales que pueden ser materia que éste principio de tal forma que la norma prescribe la forma, modo, circunstancia y tipo penal aplicable.

Principio de oportunidad flexible: es cuando dentro de la legislación se estipula si bien condicionamientos para su aplicación, estos son de carácter general inocuo a tan grande liberación y decisión de la autoridad encargada de aplicarla, además la norma prescribe no tipos penales aplicables, sino su puesto de carácter interpretativo.

Se distinguen dos modelos generales de aplicación del principio de oportunidad:

- a) Sistema angloamericano, en este sistema, el principio de oportunidad es la regla, dejando en segundo plano el principio de legalidad (se entiende obligatoriedad de la acción penal).
- b) Sistema centroeuropeo, vigente en países como España, Francia, Alemania e Italia. La regla es el principio de legalidad y la sección el principio de oportunidad.

b) Formas de manifestación

Principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso)

Como nos indica Oré Guardia, equivale a la extensión de la acción penal y se opone al principio de inevitabilidad de la acción penal. Esto se verifica en la etapa fiscal, requiriendo el consentimiento expreso del agraviado, así como del imputado con respecto a la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad, en este sentido, uno de los requisitos para la aplicación del principio de oportunidad es que se llegue a un acuerdo (transacción) con el agraviado, que puede ser deducida como excepción de transacción en un eventual proceso por responsabilidad extra contractual.

Principio de oportunidad intra proceso (durante el proceso)

Se verifica en etapa judicial, requiriendo se de un supuesto previsto en la ley, vinculación del autor, la solicitud del imputado Y70 dictamen del fiscal proponiendo al juez la aplicación del referido principio y, en su caso, la reparación del daño causado que al estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido.

Como se nos señala, el fiscal podrá solicitar al juez de la causa, en cualquier estado del proceso, emita auto de sobreseimiento, en aplicación del principio de oportunidad. La norma no prohíbe al imputado solicitar la aplicación de dicho principio.

Características del principio de oportunidad

1. Es una posibilidad de desarrollo de la política criminal, desde una modificación procesal de la inflexibilidad de la legalidad procesal en beneficio del imputado, de la víctima y la celeridad de la administración de justicia.
2. Su principal cometido es formalizar el proceso de selección de las causas penales y liderar un proceso de desarrollo del proceso penal que conduzca a la aceleración de la Administración de Justicia y a la protección de los derechos del imputado frente a la comisión de delitos de bagatela y mínima culpabilidad, cuya reacción penal no se condicione con los fines modernos que se atribuye a la pena, ni con las modernas tendencias de la política criminal.
3. No habrá infracción alguna a la igualdad con la incorporación de criterios de oportunidad, siempre que existan tanto en su regulación como en su aplicación, una justificación objetiva y razonable.

Marco Conceptual

Poder Judicial.

En el Perú el ente estatal encargado de la administración de justicia es el Poder Judicial. Quién con procedimientos preestablecidos y con jueces pre designados brinda solución a los conflictos.

Política.

Es el arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados. Es la actividad de los que rigen o aspiran a regir asuntos públicos. Es la actividad del ciudadano cuando interviene en asuntos públicos con su opinión, con su voto, o cualquier otro modo. En cuanto a la política económica, son las directrices económicas que guían la economía del país en todos sus aspectos, desde la política cambiaria, del comercio internacional, incentivos, etc.

Principio de Oportunidad.

Se entiende por principio de oportunidad la facultad que tiene el Fiscal Provincial Penal como Titular de la acción penal pública, bajo determinadas condiciones de abstenerse de su ejercicio o, en su caso, de solicitar ante el órgano Jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos, además cuando existan elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación con el imputado quien debe estar de acuerdo por haber aceptado su culpabilidad, si esto es así debería ser cambiado en todo caso la palabra “Juez” por la de “Fiscal”.

Principio de Indisponibilidad

La indisponibilidad del ejercicio de la acción penal, es un principio dirigido al Fiscal, conforme al cual, dicha autoridad no puede disponer libremente de tal ejercicio, en cuanto no está entregado su opinión o consideraciones, por lo que producido el ilícito penal y conocido por él, queda vinculado a denunciarlo de modo inexorable.

Principio de Obligatoriedad

Este principio, caracteriza al modelo procesal penal en el cual, originalmente, sólo ante el hecho con apariencias delictivas y luego, modernamente, ante la notitia criminis cierta y fundamentada devendrá el inicio de una denuncia y un proceso penal formal. Recibido un atestado policial bien trabajado, con elementos probatorios del ilícito, individualizado al autor y no habiendo prescrito la posibilidad de perseguirlo, resulta inevitable el formalizar denuncia. Los criterios de oportunidad específicamente permiten contradecir al principio de obligatoriedad, posibilitando que el Fiscal no tenga que accionar penalmente, requiriendo la tutela jurisdiccional.

Principio de Indivisibilidad

Este principio supone que el ejercicio que se hace de la acción penal, en cuanto inicio formal de la persecución comprende a todos los presuntos autores que hubieran participado en la comisión del presunto ilícito penal, sin que puedan seleccionar y denunciar sólo a algunos, la parte agraviada o el Ministerio Público. De lo anterior se desprende que no puede existir un trato diferenciado, cuando se formaliza la persecución, para algunos de los partícipes en un mismo ilícito penal. La idea es que

no se acciona contra algunos de ellos y se deja de lado a uno o algunos otros, pues la acción penal es única e indivisible ante la comisión del hecho punible.

Principio de Necesidad

También es tocado, en cierto modo, el principio de necesidad que funciona alrededor de la formalidad que supone el proceso penal, conforme a lo cual no corresponde a los sujetos del proceso facultad alguna en relación a la elección del medio para reparar la lesión causada ni en relación con el mantenimiento o terminación del proceso. El principio de necesidad, también supone que el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir al autor, juzgarle y, sobre todo, imponer la pena.

Precisamente la satisfacción del principio de necesidad, que ocurre en la investigación a lo largo del proceso penal, es la que legitima y legaliza las consecuencias jurídicas del delito.

La aplicación de los criterios de oportunidad, por su lado supone de algún modo haber cumplido los supuestos del principio de necesidad, sin la actuación del proceso penal, pues debe existir certeza en el Fiscal de que el agente fue autor del ilícito y sólo por aquella razón es que se le impone el pagar una reparación.

Principio de Irretractabilidad

Este principio implica que una vez iniciado un proceso penal, aquel no puede suspenderse o interrumpirse o terminar de ningún otro modo que mediante un pronunciamiento del juez sobre el fondo del asunto, esto es condenando o absolviendo (salvo el caso del sobreseimiento). Por ende iniciado el proceso penal, no cabrá, con posterioridad, ningún desistimiento o renuncia al ejercicio de la acción penal. El Principio de Irretractabilidad, importa que el tiempo del proceso penal es lineal, pues se compone de secuelas orientadas hacia el futuro, y el automatismo pregonado por el sistema preestablece su último acto, como que toda imputación implica una sentencia. La existencia de este principio representa el interés público en la represión del delito luego de que aquel es descubierto y ventilado en el proceso penal significando el rigor de la sociedad entera contra aquel.

Existiendo en la legislación procesal penal peruana la irretractabilidad como regla; la aparición del Principio de Oportunidad genera una notable excepción, según la cual a

pesar de haberse iniciado un proceso penal formal, aquél podrá ser sobreseído por el juez, a pedido del fiscal y siempre que medien ciertos requisitos.

2.7 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

A. Tipo y nivel de investigación

- Tipo de investigación:

Básica

- Nivel de investigación

Descriptivo – explicativo, comparativo.

B. Método y Diseño de la Investigación

- Método de la investigación

Analítico – inductivo, comparativo, síntesis.

- Diseño de la investigación.

Diseño no experimental, transeccional, comparativo.

C. Universo, población y Muestra

- Universo

Aplicación del principio de oportunidad

- Población

Aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal en la Primera y Tercera Fiscalía Provincial y Primer y Segundo Juzgados Penales del Distrito de Ayacucho

- Muestra

Fragmento representativo de las audiencias únicas de aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela. Constituida por 60 expedientes penales que se elegirán aleatoriamente. Determinada bajo la siguiente fórmula.

$$n = \frac{Z^2 pq * N}{E^2(N - 1) + Z^2 * pq}$$

$$n = 60$$

D. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos

a. Técnicas

- Análisis bibliográfico
- Evaluación documental
- Análisis cualitativo
- Comparación.

b. Instrumentos

- Se utilizará como instrumento:
- Fichas bibliográficas
- Registro de Expedientes
- Registro de casos

c. Fuentes:

- Libros nacionales e internacionales especializados en Derecho Penal y Procesal Penal.
- Audiencia única.

E. Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados

a. Selección y Representación por variables

b. **Matriz Tripartita de Datos:**

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
La aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela	La aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela en el Ministerio Público y Distrito Judicial de Ayacucho.	Fragmento representativo 60 audiencias de aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela.

c. Utilización del procesador sistematizado computarizado

d. Pruebas estadísticas

e. Análisis cualitativo de datos

CAPITULO III

FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE TRABAJO

3.1 HIPÓTESIS GENERAL

- Las implicancias en la aplicación del principio de oportunidad presenta deficiencias, por la inobservancia de la norma respectiva de los operadores y partes procesales, en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela.

3.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICA

PRIMERA

- Las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso) presenta deficiencias por la inobservancia de la norma en los delitos de bagatela.

SEGUNDA

- Las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad intra proceso presenta deficiencias por la inobservancia de la norma en los delitos de bagatela.

TERCERA

- Los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso presenta deficiencias por la inobservancia de la norma en los delitos de bagatela.

3.3 VARIABLES E INDICADORES

IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

HIPÓTESIS GENERAL:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Principio de oportunidad

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de Bagatela

VARIABLE INTERVINIENTE (Z)

Observancia de criterios objetivos

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Aplicación del principio de oportunidad durante la instancia preliminar y judicial a cargo del Ministerio Público

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de Bagatela

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Aplicación del principio de oportunidad durante la instancia preliminar y judicial a cargo del Juez Penal

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de Bagatela

TERCERA HIPOTESIS ESPECÍFICA:

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de Bagatela

3.4. IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE LAS VARIABLES

Variables de estudio

- ✓ Principio de oportunidad
- ✓ Delitos de Bagatela
- ✓ Principio de oportunidad intra proceso
- ✓ Principio de oportunidad extra proceso

3.5 OPERACIONALIZACION DE VARIABLES E INDICADORES

Previamente con fines metodológicos representaremos a cada una de las variables con su símbolo, señalándole sus indicadores respectivos.

INDICADORES DE LA HIPOTESIS GENERAL

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Situación conflictiva
- Actitudes conflictivas
- Comportamiento conflictivo
- denuncias

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Tipo de delito

VARIABLE INTERVINIENTE (Z)

- Aplicación de la norma jurídica
- Criterios de interpretación
- Clases de interpretación

➤ INDICADORES DE LA PRIMERA HIPOTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Situación conflictiva
- Actitudes conflictivas
- Comportamiento conflictivo
- denuncias

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Tipo de delito

➤ INDICADORES DE LA SEGUNDA HIPOTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Situación conflictiva
- Actitudes conflictivas
- Comportamiento conflictivo
- Denuncias

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Tipo de delito

➤ **INDICADORES DE LA TERCERA HIPOTESIS ESPECÍFICA**

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Situación conflictiva
- Actitudes conflictivas
- Comportamiento conflictivo
- Denuncias

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Tipo de delito

3.6 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

A. Tipo y nivel de investigación

- Tipo de investigación:

Básica

- Nivel de investigación

Descriptivo – explicativo, comparativo.

B. Método y Diseño de la Investigación

- Método de la investigación

Analítico – inductivo, comparativo, síntesis.

- Diseño de la investigación.

Diseño no experimental, transeccional, comparativo.

C. Universo, población y Muestra

- Universo

Aplicación del principio de oportunidad

- Población

Aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal en la Primera y Tercera Fiscalía Provincial y Primer y Segundo Juzgados Penales del Distrito de Ayacucho

- Muestra

Fragmento representativo de las audiencias únicas de aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela. Constituida por 60 expedientes penales que se elegirán aleatoriamente. Determinada bajo la siguiente fórmula.

$$n = \frac{Z^2pq * N}{E^2(N - 1) + Z^2 * pq}$$

$$n = 60$$

D. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos

*** Técnicas**

- Análisis bibliográfico
- Evaluación documental
- Análisis cualitativo

- Comparación.

E. Instrumentos

Se utilizará como instrumento:

- Fichas bibliográficas
- Registro de Expedientes
- Registro de casos

F. Fuentes:

- Libros nacionales e internacionales especializados en Derecho Penal y Procesal Penal.
- Audiencia única.

G. Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados

- Selección y Representación por variables
- **Matriz Tripartita de Datos:**

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
La aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela	La aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela en el Ministerio Público y Distrito Judicial de Ayacucho.	Fragmento representativo 60 audiencias de aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela.

- Utilización del procesador sistematizado computarizado
- Pruebas estadísticas
- Análisis cualitativo de datos.

CAPITULO IV
NIVEL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR PARTE
DE LOS OPERADORES FISCALES Y JUDICIALES

4.1. Resultados de la aplicación del principio de oportunidad en el distrito judicial de Ayacucho.

4.1.1. En la instancia preliminar

Como podemos apreciar en los cuadros estadísticos elaborados con información provenientes del Ministerio Público de Ayacucho y así mismo producto de las encuestas realizadas, se evidencia claramente en los últimos años, un incremento casi sostenido del número de denuncias resueltas aplicando el principio de oportunidad en el distrito Judicial de Ayacucho.

RESULTADOS DE LA ENCUESTA A FISCALES PROVINCIALES EN
LO PENAL DE AYACUCHO

1. De las denuncias que ingresan a su Fiscalía en que porcentaje aproximadamente le otorga el trámite para la aplicación de principio de oportunidad?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
1% -5%	10	83%
5% - 25%	2	17%
25% - 50%	0	0%
Más de 50%	0	0%
TOTAL	12	100%

Podemos apreciar de los datos proporcionados por los resultados, que del 83 % de las denuncias que ingresan a una fiscalía, solo entre 1% y 5% de las mismas son para la aplicación del principio de oportunidad.

2. En qué tipo de delitos considera que debe aplicarse el principio de oportunidad?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
a. En los delitos cuya pena no supere los dos años de pena privativa de libertad	10	83%
	2	17%
b. En los delitos cometidos por funcionarios públicos	0	0%
c. En los delitos que no superen los cuatro años de pena privativa de libertad, que por las características del tipo penal puede aplicarse	10	83%
TOTAL :	12	100%

Como vemos existe una tendencia mayoritaria entre los encuestados del 83% que considera que debe aplicarse el principio de oportunidad sólo en los delitos que no superen los cuatro años de pena privativa de libertad, que por las características del tipo penal puede aplicarse. Sin embargo, un 17% de los encuestados consideró que debe aplicarse el principio de de oportunidad en aquellos delitos que superen los dos años de pena privativa de libertad.

3. Qué criterios le permiten establecer la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar?.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
a. Que las partes lo soliciten	9	77%
b. Por el mismo de los actuados que pueden llegar a una	0	00%

conciliación		
c. Suficientes que sea un delito de escasa relevancia	3	25%
d. Otros	0	0%
TOTAL:	12	100%

De los resultados obtenidos puede determinarse que en un 70% los fiscales encuestados señalaron que el principal criterio utilizado para establecer la aplicación de este principio, responde a la manifiesta voluntad de las partes por acogerse a este beneficio procesal penal, frente a los demás criterios que en conjunto se aproximan al 30 % y que están relacionados justamente con la iniciativa del fiscal al respecto; cuando se trate de denuncias en las que pueda ser factible una conciliación (20%) o cuando se trate de delitos de escasa relevancia social (10%).

4. En instancia jurisdiccional, su Despacho ¿solicita la aplicación del principio de oportunidad?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	00	00%
NO	12	100%
TOTAL	12	100%

Como se evidencia los datos presentados, el 100% de los fiscales encuestados, afirman que no solicitan la aplicación del principio de oportunidad en la instancia jurisdiccional.

5. Hasta que etapa procesal, el Ministerio Público puede aplicar el principio de oportunidad.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
a. Hasta antes de la formalización de la denuncia penal	0	00%

b. Hasta antes de la acusación escrita del Fiscal	12	100%
c. Hasta antes de la lectura de la sentencia incluyendo la segunda instancia	0	00%
d. Otro	0	00%
TOTAL:	12	100%

Los fiscales entrevistados coincidieron en un 100% en señalar que a su criterio, se encuentran facultados para aplicar el principio de oportunidad hasta antes de la acusación fiscal escrita. Mientras que los otros rubros obtuvieron un cero por ciento lo que determina que tienen pleno conocimiento de la estación procesal en la que se aplica el principio de oportunidad.

6. Considera que el ordenamiento procesal es claro para la aplicación del principio de oportunidad en la etapa judicial?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
NO	00	00%
SI	12	100%
TOTAL:	12	100%

De lo que podemos apreciar en esta muestra, un 100% de los fiscales encuestados estiman que las normas procesales respecto a la aplicación del principio de oportunidad son precisas, dejando entrever un 00 % de los encuestados que no existen vacíos o disposiciones poco claras al respecto.

7. ¿Qué porcentaje aproximado, ocupa en su carga procesal de despacho, las denuncias sobre delitos menores||

	CANTIDAD	PORCENTAJE
--	-----------------	-------------------

Menor de 25%	10	83%
De 25% a 50%	2	17%
Más de 50%	0	00%
TOTAL	20	100%

De la información recogida, el 83% de los fiscales encuestados indican que su carga procesal por los delitos menores, es menor al 25%; y el 17% menciona que su carga está entre 25% al 50%, y ninguno refirió que en su carga procesal el porcentaje de estos delitos sea mayor al 50%.

8. ¿Cuántas denuncias descarga su despacho mensualmente, en mérito de haber aplicado el principio de oportunidad?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Ninguna	00	00%
Entre una y dos veces al mes	3	25%
En tres o más veces al mes	9	75%
TOTAL	12	100%

En este cuadro observamos que el 25 % de los fiscales mencionaron que descargan una o dos veces al mes por haber aplicado el principio de oportunidad y el 75% aplican el principio de oportunidad entre tres o más veces al mes.

9. En su opinión, la carga procesal influye sobre la buena aplicación del principio de oportunidad?.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	10	83%
NO	2	17%
TOTAL	12	100%

De la información obtenida en base a las encuestas realizadas a los fiscales, podemos percibir que el 83% de ellos consideran que la excesiva carga procesal influye de manera negativa en una correcta aplicación del principio de oportunidad; y sólo el 17 % estima la carga procesal no influye en la buena aplicación de este principio.

10. De los casos donde usted aplicó el principio de oportunidad, ¿en cuántos hubo composición entre las partes?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
En todos (100%)	0	0%
En casi todos (mayor de 50%)	8	67%
En la mitad (50%)	1	8%
En algunos (menor de 25 %)	3	25%
TOTAL:	12	100%

De la información obtenida, colegimos que el 67% de los casos en que se aplicó el principio de oportunidad, hubo un acuerdo entre las partes involucradas y solo en 3 casos, es decir el 15% no se llegó a conciliar.

11. Conoce el marco jurídico en el que se encuentra regulado el principio de oportunidad.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	12	100%
NO	0	0%
TOTAL	12	100%

Con esta pregunta hemos querido indagar sobre el conocimiento de los señores fiscales sobre esta institución jurídica, de donde se determina que el 75% de los entrevistados refieren conocer el principio de oportunidad, mientras el 25% no conocen este principio.

12. Considerando la duración de la pena mínima de cada delito ¿en qué delitos procede la abstención de acción penal?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Menores de dos años	8	67%
Mayores de dos años y menores que cuatro	4	33%
Mayores de cuatro	0	0%
TOTAL	12	100%

Para complementar la finalidad de la pregunta anterior, se estableció esta pregunta, donde se observa que el 67 % de los encuestados determinan que la aplicación de este principio procede en los delitos donde la pena mínima sea menores de 2 años, el 25% establece que procede en delitos cuyas penas están en el rango de 2 a 4 años y ninguno contestó que procede el delito donde la pena sea mayor a 4 años.

13. De los delitos donde debió aplicarse el principio de oportunidad. ¿Cuántos casos se tenido que formalizar por no ponerse de acuerdo las partes?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
En todos (100%)	2	17%
En casi todos (> de 50%)	2	17%
En la mitad (50%)	0	0%
En algunos (< de 25%)	4	33%
Ninguno	4	33%
TOTAL	12	100%

De la información recogida, el 17% indica que haber de haberse podido aplicar el principio de oportunidad, se tuvo que formalizar la denuncia penal; en igual porcentaje (17%) los encuestados también determinan, que en casi todos los casos donde se pudo abstenerse de ejercitar la acción penal, no llegó a buen término los acuerdos entre las partes teniéndose que formalizar la denuncia respectiva.

El 33% de los encuestados establecen que en algunos casos se ha tenido que formalizar la denuncia, mientras que el 33% mencionan que no han tenido la necesidad de formalizar la denuncia porque fue oportuno el ejercicio de la abstención de la acción penal.

14. De los abogados defensores de la parte agraviada, ¿Qué porcentaje le solicitan a Ud. la aplicación del principio de oportunidad?.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Ninguno	2	17%
Pocos (< de 25%)	8	67%
Algunos (25% a 50 %)	2	17%
Todos (100%)	0	0%
TOTAL	12	100%

Del 15% de los abogados defensores de la parte agraviada ninguno solicita la aplicación del principio de oportunidad en favor de sus patrocinados, mientras que el 65% de los fiscales entrevistados indican que son pocos los abogados que solicitan la aplicación del principio de oportunidad. Asimismo el 20% de los casos indican que algunos abogados defensores de la víctima le solicitan al fiscal la aplicación de este principio y ninguno de los encuestados informa que en la totalidad de los casos que ha patrocinado, el abogado le solicita a este beneficio.

15. Cuando notifica a las partes para la diligencia de conciliación ¿en qué porcentaje las partes concilian?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
1% - 30%	0	0%
30% - 60%	3	25%
60% - 85%	9	75%
Mas de 85%	0	0%
TOTAL:	12	100%

De las respuestas podemos apreciar que las partes concilian en un 60% a 85% de los casos que han sido notificados para la diligencia de conciliación. Una 25% DE LOS Fiscales señalo que en un 30% a 60% de los casos .

16. En qué medida las partes llegan a conciliar ante su despacho?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
1% - 25%	0	0%
25% - 50%	0	0%
Más de 50%	12	100%
TOTAL	12	100%

Complementando lo anterior, estas respuestas confirman que más del 50% de las ocasiones, las partes logran llegar a un acuerdo conciliatorio, no registrándose porcentajes inferiores a estos datos.

17. En qué estado resuelve por la abstención de la acción penal?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
En el momento del acuerdo de las partes	11	91%
Luego de que las partes cumplan con el acuerdo	1	9%
otras	0	0%
TOTAL:	12	100%

Estos datos estadísticos indican que un 91% de las causas en las cuales el fiscal opta por la abstención de la acción penal, corresponden al momento en que las partes arriban a un acuerdo. Mientras que el otro 9% lo efectúa una vez cumplido el acuerdo conciliatorio.

18. Las partes cumplen con los acuerdos asumidos en la conciliación

	CANTIDAD	PORCENTAJE
1% - 25%	2	17%
25% - 50%	0	0%
Mas de 50%	10	83%
TOTAL:	12	100%

Ante esta pregunta, los diez fiscales encuestados mencionaron que el cumplimiento por las partes de los acuerdos asumidos supera el 50% del total.

19. De no existir conciliación entre las partes se debe a:

	PORCENTAJE	PORCENTAJE
La no aceptación de las partes	8	67%
Falta de colaboración de los abogados	4	33%
Otras razones	0	0%
TOTAL:	12	100%

Estas respuestas nos permiten apreciar que según el criterio de los fiscales encuestados, cuando no existe conciliación entre las partes se debe a un 50% a la no aceptación de las partes y en otro 50% a la falta de colaboración de los abogados; no existiendo otras razones determinadas por los encuestados.

20. ¿El Fiscal tiene la facultad de proponer alguna fórmula de conciliación?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	12	100%
NO	0	0%
TOTAL:	12	100%

Los entrevistados consideraron en un 100% de los casos, que en su condición de fiscales sí se encuentran facultados para proponer fórmulas

conciliatorias en las denuncias que conocen y que son susceptibles de aplicación del principio de oportunidad.

21. ¿Cuenta con estudios de conciliación?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Si	2	17%
No	10	83%
TOTAL	12	100%

Ante esta pregunta, los dos fiscales respondieron que no cuentan con estudios de conciliación, lo cual representa el 100% de la muestra en estudio.

CUADRO N° 1

Denuncias ingresadas a las 02 Fiscalías Provinciales Penales de Ayacucho en el año 2012

Del 01/01/2012 al 01/12/2012

Denuncias donde se aplicó el principio de oportunidad	N° DE CASO	PORCENTAJE
01 FPP – Hga.	00	0%
03 FPP – Hga.	00	0%
Total de denuncias ingresadas	00	00%

Se puede apreciar que en todo el año 2012 NO se aplicó el principio de oportunidad, de las 1 473 denuncias ingresadas en ese año, lo que representa un porcentaje ínfimo de 0.00%.

4.1.2 EN LA INSTANCIA JUDICIAL:

RESULTADOS DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE AYACUCHO

1. Aplica el principio de oportunidad en su despacho?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	6	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

Como puede apreciarse, un 100% de los jueces penales encuestados afirmó que aplica el principio de oportunidad en los expedientes que se tramitan en sus despachos no existiendo ninguno que afirme lo contrario.

2. De ser afirmativa su respuesta anterior, a solicitud de quien lo hace?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Del Ministerio Público	1	17%
De las partes	4	66%
De terceros con interés	0	0%
De oficio	1	17%
TOTAL:	6	100%

Los jueces entrevistados señalaron en un 66% que aplicaron el principio de oportunidad en sus despachos por iniciativa de las partes y en otro 17 % por iniciativa del Ministerio Público y de oficio, reconociendo que en ningún caso lo hicieron a petición de terceros con interés.

3. En qué etapa procesal aplica el principio de oportunidad.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
Al expedir el auto apertorio	0	0%
Hasta antes de la	6	100%

acusación fiscal escrita		
En cualquier etapa del proceso	0	0%
TOTAL:	6	100%

Los jueces encuestados ante esta pregunta mencionaron en un 100% que aplican el principio de oportunidad, en la etapa anterior a la acusación escrita del fiscal. No registrando porcentaje alguno las demás alternativas planteadas como son hasta antes de la expedición del auto apertorio y en cualquier etapa del proceso.

4. De la carga procesal que existe en su despacho, ¿Qué porcentaje se resuelve por el principio de oportunidad?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
De 1% - 5%	6	100%
De 6% - 10%	0	0%
DE 11% - 15%	0	0%
De 15% a mas	0	0%
TOTAL:	6	100%

Estos datos proporcionados, revelaron que el 100% de los encuestados afirmaron que solo entre 1 a 5 % de los casos que tramitan ante sus despachos, se resolvieron aplicando el principio de oportunidad por parte de los jueces en la etapa judicial.

5. Cuando aplica el principio de oportunidad lo realiza necesariamente con la presencia física de las dos partes en su despacho?

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	5	83%
NO	1	17%

TOTAL:	6	100%
---------------	---	------

Aquí podemos apreciar que el 83% de los jueces encuestados no considero necesaria la presencia de las partes en su despacho para la aplicación del principio de oportunidad, mientras solo el 17% de los encuestados consideró necesaria la presencia física de las partes para la aplicación de este principio.

6.Tuvo la oportunidad de estudiar algún curso u otro sobre conciliación.

	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	2	33%
NO	4	67%
TOTAL:	6	100%

De los jueces encuestados solo el 33% tuvo la oportunidad de seguir algún curso sobre conciliación, mientras que el restante 67% no tiene conocimiento al respecto.

De otra parte, como podemos apreciar en los cuadros estadísticos elaborados con información proveniente del Ministerio Público con información a nivel nacional, que citamos como referencia; se evidencia claramente en los últimos años un incremento casi sostenido del número de denuncias resueltas aplicando el principio de oportunidad.

Por estas consideraciones, se hacen necesaria medidas como el permitir que los centros de conciliación previa aprobación del fiscal, procedan a aplicar el principio de oportunidad, cuyo resultado deberá ser remitido al Fiscal en su condición de titular de la acción privada.

En ese entender se hace necesario modificar la ley 26872, ley de conciliación, facultando a los centros de conciliación a propiciar conciliaciones en materia penal, respecto de delitos menores o de bagatela, los cuales deberán ser previamente establecidos por ley; y cuyos acuerdos deberán ser homologados por el Fiscal.

Definitivamente la sobrecarga procesal de los despachos judiciales y la lentitud de sus procedimientos y fallas han creado frente a la ciudadanía, una pésima imagen de eficiencia y corrupción de nuestro sistema judicial, generando desazón y desconfianza, de los justiciables respecto al poder judicial en su conjunto.

Por estas razones, la alternativa de los centros de conciliación como mecanismo de resolución de conflictos extrajudiciales, resulta necesaria a fin de propiciar la solución pacífica y negociada de los conflictos con relevancia jurídica que sean sometidos a su ámbito, lográndose simultáneamente la reducción del número de posibles causas procesales en los despachos judiciales.

No obstante, de conformidad con nuestra legislación vigente, en materia penal solo puede ser sometida a conciliación el modo de la reparación civil correspondiente a la víctima, excluyéndose expresamente cualquier tipo de delitos y faltas.

A nuestro entender, esta limitación se explica por la trascendencia de los bienes jurídicamente tutelados que no son de libre disposición de las partes, correspondiendo al estado su protección y el empleo de la facultad coercitiva ante su transgresión, por intermedio de sus órganos especializados, como son el ministerio público y el poder judicial.

Sobre el particular consideramos que en el caso de delitos menores que revisten una lesividad social mínima, la función tuitiva del estado si bien no puede ser renunciada; puede ser delegada en estos casos a entidades privadas debidamente autorizadas y supervisadas, como los centros de conciliación.

Un argumento a favor de lo antes planteado, radica en la existencia actual de un procedimiento conciliatorio en la etapa de la investigación preliminar, ya estudiado, en el cual el Fiscal convoca a las partes con el objeto de llegar a un acuerdo respecto a la aplicación o no del principio de oportunidad.

Esta audiencia conciliatoria que se viene realizando al interior de los despachos fiscales, muchas veces por fiscales no conocedores de técnicas de conciliación, podría realizarse en mejores condiciones y por abogados conciliadores conocedores también del derecho penal en los centros de conciliación autorizados.

Incidimos sin embargo, en que esta labor de los centros de conciliación debe estar a cargo de los profesionales de derecho acreditados como conciliadores y no por profesionales de otras áreas, debido a que conciliar en materia penal requiere además de manera indispensable de una formación jurídica integral.

Igualmente creemos conveniente que el acuerdo conciliatorio de las partes en los centros de conciliación, debe ser objeto de homologación por parte del fiscal, a efectos de verificar la legalidad del acuerdo y si se reúnen los presupuestos establecidos por la norma para la aplicación del principio de oportunidad, dando su conformidad de corresponder y expidiendo el auto de sobreseimiento pertinente

TITULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta y la información estadística presentada en los anteriores capítulos y de las encuestas o cuestionarios aplicados en las fiscalías provinciales de Ayacucho y los Juzgados Especializados en lo Penal, cuyos modelos aplicados se adjuntan como anexos; hemos podido demostrar la hipótesis planteadas al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

El análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes correspondientes a las dos hipótesis objeto de la presente tesis, nos permitió determinar lo siguiente:

4.1 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

La aplicación del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal presenta deficiencias, por la inobservancia de la norma respectiva, por los operadores procesales en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso y las partes en los delitos de bagatela.

4.1.1 VARIABLES INDEPENDIENTES:

A. Variable independiente A

“La aplicación del principio de oportunidad durante la instancia preliminar y judicial a cargo del Ministerio Público.

De lo investigado pudimos verificar que la aplicación del principio de oportunidad a nivel regional se ha venido incrementando de manera significativa en los últimos años, hasta llegar a un número importante de acuerdos.

B . Variable independiente B

“Aplicación del principio de oportunidad durante la instancia preliminar y judicial a cargo del Juez Penal”

Del análisis correspondiente podemos afirmar que esta institución procesal penal en nuestro país resulta aplicable tanto en la etapa preliminar como en la etapa judicial del proceso penal peruano.

A su vez, se comprobó que únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad, que se materializa la conciliación en el proceso penal, al contemplar esta institución procesal, la realización de una audiencia conciliatoria con la intervención del fiscal, el cual puede proponer formulas conciliatorias.

Igualmente, pudimos constatar en los cuadros estadísticos elaborados con información proveniente del ministerio público y asimismo producto de la encuesta realizada, se evidencia claramente en los últimos seis años aproximadamente, un incremento casi sostenido del número de denuncias resueltas aplicando el principio de oportunidad en el distrito judicial de Ayacucho. Situación a la que ha contribuido significativamente la creación de las fiscalías especializadas en aplicación del principio de oportunidad en este distrito judicial.

C . Variable independiente C

“Aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso”

Del estudio y análisis de la información proporcionada por los fiscales y jueces encuestados, se determinó que la normativa procesal penal que regula la aplicación del principio de oportunidad presenta deficiencias y vacíos que impiden un mejor desempeño de esta institución procesal penal.

A este respecto, se comprobó que existe un número importante de fiscales que confunden algunos aspectos relativos a los supuestos de aplicación de este principio, la etapa de su aplicación y los delitos en los cuales procede teniendo en cuenta la pena mínima establecida para los mismos.

Sobre este último punto, podemos afirmar que un número importante de los jueces y fiscales encuestados tienen claro el panorama de la procedencia del principio de oportunidad, ya que desconocen que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en el art 2° del código procesal penal, que es viable la abstención del ejercicio de la acción penal cuando la pena mínima del delito imputado no sea mayor a los dos años de pena privativa de libertad.

De lo que podemos apreciar que los fiscales y jueces estiman en un número importante, que las normas procesales respecto a la aplicación del principio de oportunidad sobre todo en la etapa judicial son precisas, dejando entrever que no existen vacíos o disposiciones poco claras al respecto. Asimismo, consideran que las normas sobre el principio de oportunidad son genéricas y que requieren ser complementadas por normas más específicas.

De otro lado, los abogados defensores de las partes no solicitan normalmente la aplicación del principio de oportunidad en favor de sus patrocinados, lo cual puede deberse en gran parte al desconocimiento o deficiente comprensión de la norma correspondiente, por estos operadores del derecho, lo que a su vez puede ser producto de una deficiente reglamentación de esta institución

D . Variable independiente D

“Legislación comparada sobre aplicación del principio de oportunidad”

En la mayoría de las legislaciones extranjeras estudiadas sobre el principio de oportunidad o instituciones similares, se evidencio una semejanza conceptual y similares fundamentos político- criminales con el propósito común de descongestionar el aparato jurisdiccional de causas relacionadas a delitos de mínima lesividad social.

Las principales diferencias con respecto a lo normado en nuestro país sobre el particular y que sería conveniente tomar en cuenta por el legislador nacional, residen en los siguientes puntos:

En Alemania, si bien se admite la no persecución de los delitos, si la culpabilidad del autor es leve y no existe un interés público en la persecución, únicamente resultara procedente con el consentimiento del tribunal, es decir, con el consentimiento del juez, añadiéndose que no resulta necesario el consentimiento del tribunal en los casos de pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio.

Por su parte, en los Estados Unidos de Norteamérica. El denominado “pleabargaining” como se estableció, es el acto por el cual el imputado manifiesta su decisión de declararse culpable, su conformidad con los cargos que se le formulan, renunciando de esta manera al derecho que le corresponde de que su causa sea vista en el juicio con las garantías preestablecidas y renunciando, asimismo, a la posibilidad de que se pueda declarar su absolución.

Esta declaración de culpabilidad puede manifestarse bajo tres formas, entre la cuales destacamos a la “estructuralmente inducida”, cuando la confesión es consecuencia de la privación de una pena más grave, para quienes insisten en la celebración de la vista o porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quienes reconociendo su culpabilidad,

renuncian al juicio contradictorio y también resaltamos a la “negociada”, que consiste en el acuerdo entre el fiscal y el acusado o su abogado, ante la vista de la causa, que puede ser un acuerdo sobre el delito o sobre la pena, o sobre ambos. El poder de discrecionalidad del Ministerio Público es muy amplio.

En Italia, el juicio abreviado y “el patteggiamento” se basan en la existencia de un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público sobre la forma y la pena, así como el denominado “decreto penal de condena” que apunta a evitar el debate oral. El procedimiento de aplicación de la pena a pedido de las partes (patteggiamento) es el más parecido al pleabargaining, el acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público se manifiesta sobre la pena, en cuanto a la aplicación de la sustitución de la misma reducida a un tercio, siempre que en los hechos investigados aparezcan circunstancias atenuantes que así lo permitan o la pena privativa de libertad no sea superior a dos años.

En Argentina, la suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídicas penales posteriores.

Por último, en Colombia la determinada disponibilidad de la acción penal se produce mediante acuerdos de los sujetos que lo conforman la relación jurídica procesal, autor del hecho y sujeto pasivo o perjudicado de la infracción; permitiendo el código de procedimientos penales colombiano la conciliación durante las siguientes etapas: a) la indagación previa, b) la instrucción formal, y c) en la etapa de juzgamiento, hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia definitiva, momento en el cual el reconocimiento del acuerdo se hará mediante auto de cesación de procedimientos por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal.

Es presupuesto indispensable la aceptación del funcionario judicial, por cuanto éste debe realizar controles sustanciales.

Respecto de las consecuencias del acuerdo, en el sentido de establecer si es factible precluir o cesar el procedimiento de manera integral o parcial, debe recordarse de la conciliación tiene contenido estrictamente económico independientemente de la existencia o no de responsabilidad penal del imputado o procesado.

4.1.2 VARIABLES DEPENDIENTES:

A. Variables dependientes A

Ministerio Público en los delitos de bagatela

Habiéndose determinado que es únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad que se materializa la conciliación en el proceso penal; de la información procesada se pudo evidenciar que en la etapa de la investigación preliminar, en la mayoría de los casos cuando se efectúa la audiencia de conciliación con la presencia de las dos partes, a efectos de determinar la aplicación o no de este principio. Las probabilidades de una culminación exitosa de la misma se elevan consideradamente. Constatándose también que más del 50% de las ocasiones, las partes logran llegar a un acuerdo conciliatorio.

A su vez, se pudo establecer que los fiscales en su gran mayoría se consideran facultados para proponer fórmulas conciliatorias en las denuncias que conocen y que son susceptibles de aplicación del principio de oportunidad.

No obstante lo señalado, se comprobó que la manifiesta voluntad de las partes por acogerse a este beneficio procesal penal es la principal razón de su aplicación por parte de los fiscales.

Igualmente, en la etapa judicial los fiscales también solicitan la aplicación del principio de oportunidad, cuando sea procedente,

correspondiendo así mismo a la iniciativa de las partes, la principal motivación de la misma, siendo mínima la iniciativa de oficio por parte del fiscal.

Sin embargo, la percepción que prevalece mayoritariamente entre los fiscales, es que la buena aplicación del principio de oportunidad influye en el descongestionamiento de la carga procesal que tiene; a pesar que en algunos casos susceptibles de haberse podido aplicar el Principio de Oportunidad, se tuvo que formalizar la denuncia penal, al no llegar a buen término los acuerdos entre las partes.

De otra parte, en la instancia judicial se verificó que si bien los jueces penales aplican el principio de oportunidad, lo hacen exclusivamente por iniciativa de las partes principalmente y los fiscales, siendo el mínimo de causas resueltas aplicando este principio en esta instancia. Siendo pertinente mencionar que cuando los jueces aplican este principio, lo hacen casi siempre sin la presencia física de las partes; es decir no se presenta la posibilidad de que las partes concilien en presencia de los jueces o en todo caso lo haga el fiscal con la otra parte y el juez apruebe o desaprobe, lo cual sería importante someterla a una legislación taxativa que regule este vacío legal.

B. Variables dependientes B

Juez Penal en los delitos de bagatela

La aplicación del principio de oportunidad si bien se ha venido incrementando en los últimos años, aún resulta una cantidad poco significativa, si tenemos en consideración el cúmulo de denuncias que son meritadas por el ministerio público y el poder judicial respectivamente.

La información estadística social presentada, constituye una prueba contundente que el principio de oportunidad a pesar de las importantes modificaciones en marcha, aún no ha producido los resultados esperados por el legislador al momento de su implantación.

En ese sentido, la conciliación es el principio de oportunidad constituyen un importante mecanismo para hacer viable la realización efectiva de esta institución procesal.

No obstante, si el principio de oportunidad no ha alcanzado en la actualidad los niveles de aplicación que se proyectaron, ellos se debe a la existencia de causas identificadas que obstaculizan su desarrollo; las cuales inciden directamente en el ámbito de la conciliación dentro de la investigación preliminar y en la etapa judicial.

Esta institución procesal a su vez, reviste singular importancia, toda vez que en la etapa de la investigación preliminar el principio de oportunidad se materializa a través del procedimiento conciliatorio entre las partes involucradas en el hecho punible, el cual es dirigido por el fiscal e iniciado a petición del denunciado, del agraviado o de oficio. Este principio procesal penal puede aplicarse a si mismo en la etapa judicial, aunque su estado de aplicación actual es casi nulo en esta instancia, por lo que puede afirmarse que el principio de oportunidad se viene desarrollando en la instancia preliminar.

Seguidamente analizaremos las causas que a nuestro criterio constituyen los principales escollos para la consolidación del principio de oportunidad como mecanismo eficaz del sistema procesal penal peruano, para la solución pacífica y eficiente de los delitos menores o de bagatela.

a. Desconocimiento de los beneficios que conlleva la aplicación del Principio de Oportunidad y falta de una mayor difusión por parte del ministerio público y otras instituciones relacionadas con la administración de justicia.

El desconocimiento de la existencia de este principio por parte de los interesados e incluso de algunos abogados; respecto a los alcances de esta institución genera que no se acojan al mismo, aunque en su mayoría desearían solucionar el problema sugerido lo antes posible. Ello muchas veces no puede

materializarse por carecer de medios económicos para recurrir ante un letrado que lo asesore al respecto, perdiendo la posibilidad de solicitar la aplicación del Principio de Oportunidad.

De otro lado, al aplicar este principio de oficio el representante del Ministerio Público las partes pueden tornarse sumamente desconfiadas ante la propuesta del fiscal, traduciéndose ello en una falta de colaboración para su aplicación.

En el caso de los abogados la situación de desconocimiento de los reales efectos del Principio de Oportunidad es más compleja ya que en lugar de ser un colaborador con la administración de justicia, constituye un obstáculo de parte del que se entiende especialista en el ámbito jurídico, generando por ende la no aplicación del mismo.

b. Ausencia de fiscales, especializados en técnicas de conciliación, para la aplicación del principio de oportunidad.

De las encuestas realizadas a los fiscales que se acompañen en las fiscalías destinadas a aplicar el principio de oportunidad, se aprecia que ninguno de los fiscales cuentan con estudios respecto a técnicas de conciliación.

El representante del Ministerio público en nuestro país viene desempeñándose en gran medida como persecutor del delito y eso lo demuestran las estadísticas anexas al presente, donde el mayor número de denuncias son materia de formalización ante la instancia jurisdiccional y ello determina que el fiscal no tiene muy definida la posición de un conciliador, ubicación le correspondería al aplicar el principio de oportunidad, además del hecho de no contar con los estudios necesarios relacionados con las técnicas de conciliación, por lo cual en número de caso donde se podría aplicar el principio de oportunidad se reduce a su mínima expresión tal y conforme se aprecia en los cuadros estadísticos antes mencionados.

En ese sentido, como también se refirió anteriormente, la aplicación del principio de oportunidad requerirá para su materialización que se efectúe una audiencia de conciliación entre las partes interesadas (denunciando, agraviado; tercero civilmente responsable) con la presencia y bajo la dirección del fiscal especializado en el caso del distrito judicial de Lima, y de los fiscales provinciales del resto del país.

Si bien la norma no detalla el procedimiento a seguir en la realización de la audiencia conciliatoria, el fiscal deberá adecuar la misma a los fines perseguidos por esta institución, tratando de ser lo más persuasivo posible logrando que las partes en conflicto puedan comprender e interiorizar los beneficios que conlleva la aplicación del principio de oportunidad para cada uno de ellos.

La misma destreza o quizás una mayor deberán ser exhibida para convencer a los abogados que se muestren renuentes a su aplicación y que influyan de manera negativa en sus patrocinados. Incluso si esta posición del letrado no es abierta, sino que se muestra encubierta a través de múltiples exigencias rígidas que se sabe no serán aceptadas por la otra parte.

Aunque un primer análisis podría llevarnos a pensar que el dominio de estas técnicas por parte del fiscal no es tan necesario; este criterio cambiará radicalmente si consideramos que las mismas responden a numerosas investigaciones serias realizadas en el ámbito internacional y cuyos resultados en su aplicación han sido óptimos.

Constituyendo tal vez su principal aporte el crear una conciencia ciudadana propensa a la solución pacífica de sus conflictos por intermedio de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales la conciliación ocupa un lugar privilegiado.

Por estas consideraciones estimamos que el conocimiento y manejo de técnicas de conciliación, por parte de los fiscales, incidirá beneficiosamente en

el incremento de la aplicación del principio de oportunidad en su mayor número de denuncias interpuestas.

Estimamos pertinentes la acreditación como conciliador del Ministerio de Justicia por cuanto la misma implica la culminación exitosa de un curso especializado en la materia, con una duración suficiente y la realización de talleres y simulacros de audiencias conciliatorias que garanticen al profesional acreditado, una capacitación adecuada. Situación distinta es la que acontece con los seminarios, talleres y cursos de breve duración, donde la premura del tiempo, y la naturaleza de los mismos no resulta idónea para el logro de los fines perseguidos.

Igualmente consideramos que un fiscal acreditado como conciliador extrajudicial brindará a las partes mayor confianza y seguridad de un resultado positivo cuando se realice la audiencia conciliatoria previa a la aplicación del principio de oportunidad.

Esta alternativa de solución podría implementarse sin necesidad de rotar al personal que se encuentra actualmente en funciones, brindándoles las facilidades y recursos requeridos a los mismos, a fin de que se capaciten adecuadamente algunos de los cursos que brinda periódicamente el Ministerio de Justicia preferentemente o a través de los cursos que imparten los centros de formación de conciliadores privados.

c. Obligación de cancelar en una armada el monto de la reparación civil cuando sea menor a 3 UIT.

Como mencionamos anteriormente la forma y oportunidad de pago de la reparación, regulado en el reglamento de la organización y funcione de la fiscalía provincial especializada en la aplicación del principio de oportunidad, existe la obligación para el fiscal de autorizar el pago fraccionado de la reparación acordada sólo en el supuesto que esta exceda a tres UIT.

Por consiguiente las cantidades menores o iguales a esta cantidad, a pesar de haber un acuerdo de las partes respecto a la reparación civil no pueden ser susceptibles de fraccionarse, de acuerdo a lo establecido en la precitada norma, no pudiendo materializarse así la aplicación del principio de oportunidad ante este supuesto.

Esta circunstancia la consideramos una innecesaria barrera que dificulta el acceso a una solución pacífica, rápida y eficiente a favor de las personas de escasos recursos económicos. Ello debido a que son pocas las personas en nuestro país que están en la posibilidad de desembolsar en una sola armada el equivalente a 3 UIT y cuyo monto se incrementa anualmente.

Frente a la problemática coyuntura social y económica del Perú, el fiscal y las partes carecen de una mayor discrecionalidad para poder acordar fórmulas de pago que se adecuen a las posibilidades económicas del obligado.

Como lo referimos anteriormente, si bien la norma tiene por objeto tutelar el resarcimiento afectivo a la víctima por el daño ocasionado, no es menos cierto que establecer montos mínimos a pagar en una sola armada, sin tomar en consideración la situación particular de cada imputado, resulta por lo menos un contrasentido.

Es más, en un país económicamente limitado como el nuestro, establecer estos criterios de pago que están muy por encima del ingreso promedio de nuestra población; implica desde ya poner al margen de los beneficios del principio de oportunidad, a un sector importante de los denunciados por delitos menores cuyos ingresos y patrimonio se encuentran dentro del promedio señalado.

Se podría argumentar en contra que no estaría suficientemente garantizado el pago en este supuesto, pero ante ello debemos recordar que el precitado reglamento establece claramente que si el obligado dejase pasar más de 15 días sin hacer efectiva la reparación mandada pagar en una sola armada, o si se retrasase más de 3 días en el abono de las cuotas fraccionadas, el fiscal

provincial procederá a notificarlo conminándolo por única vez a cumplir su obligación en los siguientes 3 días.

Ante el incumplimiento del imputado el fiscal está facultado a revocar el auto de abstención en el ejercicio de la acción penal y a devolver los actuados al fiscal provincial de origen para que proceda conforme a sus atribuciones, por lo que el obligado se encuentra conminado a honrar el acuerdo bajo apercibimiento de perder el beneficio obtenido.

Por ello reiteramos que sería positivo permitir al fiscal de acuerdo a las circunstancias del caso y a lo que manifiesten las partes, ha aprobar los acuerdos sobre la forma y plazos de pago respecto a la reparación civil que planteen los interesados, cautelando principalmente que el mismo se celebre sin coacción alguna y libremente.

d. Demasiada carga procesal

Este es un problema tan antiguo como la existencia misma del sistema judicial peruano. Por una parte puede afirmarse que existe una tendencia conflictiva en nuestra sociedad, la que frecuentemente no logra encontrar soluciones negociadas y conciliadas a sus problemas recurriendo continuamente al poder judicial para que sea un tercero investigado de autoridad pública el que dirima su conflicto de intereses.

En materia penal el problema se torna más agudo aún, pues tratándose de derechos no disponibles por las partes y de acción pública, el Estado a través del Ministerio Público, está en la obligación de iniciar la acción penal, existiendo mecanismos procesales restringidas para extinguir la acción penal y la pena, antes de la sentencia y del cumplimiento de la sanción respectivamente.

A su vez observamos que en la gran mayoría de los despachos de los fiscales, su carga procesal está ocupada en realizar las diversas actividades propias de su función y que por cierto algunas diligencias le ocupan varias horas

de labor como puede ser investigaciones in situ, participar en los juicios orales que están a su cargo, emitir dictámenes, etc.

Debe destacarse que la cuarta parte de la labor que debe realizar el fiscal está ocupada en ventilar denuncias por delitos menores, donde es factible la aplicación del principio de oportunidad, mientras que las tres cuartas partes están dedicadas a efectuar todas las demás labores, es decir, esta cantidad es muy significativa frente a cada una de las otras actividades de fiscal.

Por ende, en general el sistema judicial peruano se ve constantemente requerido por la población, lo que origina una continua demanda de sus servicios; situación que en el ámbito penal y del Ministerio Público en particular se aprecia con frecuencia ante los elevados índices de criminalidad a todo nivel en la sociedad peruana.

Otro factor concomitante al anterior lo constituye la prolongada duración de los procesos en general y del proceso penal en particular, donde los plazos establecidos por ley son excedidos en demasía a causa de las múltiples y necesarias diligencias o simplemente por la demasía de algunos servidores y magistrados.

Esta demora justificada o no en la solución de las causas penales en trámite aunada con el constante ingreso de denuncias, crean un verdadero cuello de botella al interior de los despachos Fiscales, los cuales ante la presión de las causas pendientes, en muchos casos se ven propensos a formalizar denuncias antes que aplicar el procedimiento establecido para la aplicación del Principio de Oportunidad.

A pesar de ello, es justamente el Principio de Oportunidad como principal mecanismo procesal en la etapa de la investigación preliminar, el que contribuirá sustancialmente a la paulatina solución de esta sobrecarga de causas penales pendientes, muchas de ellas referidas a delitos de mínima gravedad.

CONCLUSIONES

1. Los más altos porcentajes de casos resueltos en virtud del Principio de Oportunidad corresponde a la etapa preliminar del proceso penal, a cargo del Ministerio Público.
2. En la etapa judicial, la aplicación del Principio de Oportunidad resulta mínima por parte de los jueces especializados en lo penal y en ningún caso a iniciativa de oficio.
3. Este Principio se viene aplicando fundamentalmente por la iniciativa de las partes interesadas y en un menor número de causas por iniciativa (de oficio) del fiscal, tanto en la instancia preliminar como en la judicial.
4. En los últimos años se han implementado innovaciones para la eficaz aplicación del Principio de Oportunidad, las cuales han contribuido significativamente al incremento de la aplicación de esta institución procesal.
5. La posibilidad de aprobación por parte del Fiscal del acuerdo conciliatorio de las partes, que conste en un documento privado legalizado ante un notario; constituirá un importante aporte para el incremento del número de causas solucionadas por aplicación del Principio de Oportunidad.
6. La falta de capacitación en técnicas de conciliación de los señores fiscales y jueces especializados en lo penal, incide directamente en la menor probabilidad de causas penales solucionadas con éxito, en aplicación del Principio de Oportunidad.
7. La obligación legal del imputado de cancelar en una sola armada el monto de la reparación civil cuando sea menor de 3 UIT, constituye una traba normativa innecesaria discriminadora para los denunciados que cuenten con escaso recursos económicos.

8. La actual regulación de la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa del proceso penal a cargo del juez, resulta deficiente e insuficiente, por lo que resulta necesaria su revisión y reglamentación adecuada.
9. La aplicación del Principio de Oportunidad constituye básicamente un criterio de selección de las conductas ilícitas, ya que pensar en un sistema penal que castigue a todos los infractores de una norma sería absolutamente disfuncional y socialmente desintegrador, de manera que supondría crear un sistema para que no pudiera cumplir con la función para la que se crea, por ello es preciso partir de la imposibilidad de perseguir todas las infracciones de las normas penales y que con relación a ellas lo que existe es un indiscutible proceso de selección; y que el mismo es indispensable si se quiere dotar a la administración de justicia de una cierta eficacia, esa es en esencia el objetivo político criminal que sirve de fundamento al Principio de Oportunidad; sin embargo, la aplicación de esta figura en la realidad, es decir, al caso concreto resulta ineficaz, debido a la existencia de una serie causas y/o razones que fundamentalmente se presentan a nivel procedimental, funcional y legal:
 - a) Su ineficacia a nivel procedimental se presenta básicamente en su tramitación, es decir, al momento de practicar las diligencias pertinentes para su aplicación, tales como: al momento de notificar al denunciado, cuando este no es ubicado o siéndolo se rehúsa a presentarse a la diligencia; o cuando habiendo concurrido al despacho fiscal luego de haber sido debidamente notificado no acepta su aplicación por desconocimiento de sus beneficios y ventajas que le proporcionaría esta figura o por haber sido mal asesorado por su abogado; o cuando habiendo aceptado su aplicación luego de aceptar su responsabilidad sobre los hechos que se le imputan, así como, el pago de una reparación por el daño ocasionado a la víctima, este no la cumple con la única intención de lograr la impunidad de su delito a través del proceso penal, en donde de encontrársele culpable recibiría una sanción penal menor la misma que no sería efectiva, y una reparación civil cuyo pago no sería efectivo.
 - b) Su ineficacia a nivel funcional, se refiere a la actuación del Ministerio Público, es decir, al rol que cumple el Fiscal en su aplicación, y que conforme se ha podido advertir en la practica la función que desempeña el

Fiscal en la aplicación del Principio de Oportunidad es eminentemente pasiva, en donde señala una propuesta de manera restringida, no pudiendo ejercer un papel negociador entre las partes al momento de fijar el monto de reparación por el daño causado a la víctima, limitándose en la mayoría de los casos, a convalidar la posición adoptada por la víctima al no aceptar la aplicación del Principio de Oportunidad, asumiendo esta un papel de venganza frente al denunciado por la comisión del ilícito penal.

- c) Su problemática a nivel legal se presenta fundamentalmente en los vacíos y/o deficiencias que se presentan en las normas que la regulan, en cuanto se refiere a la actuación del Ministerio Público, señala simplemente que este tiene la facultad de aplicar el Principio de Oportunidad en los supuestos que establece la ley, otorgando de esta manera una actuación restringida al momento establecer el monto de la reparación del daño ocasionado, y no amplias facultades que le permitan aplicar técnicas y mecanismos de negociación y persuasión a las partes a fin de que arriben a un acuerdo que sea beneficioso para ambas partes.
- d) En la actualidad el Principio de Oportunidad se orienta a fines de interés público, sin embargo, su procedencia depende de un solo criterio de interés privado, que se materializa en la satisfacción de la víctima cuando acepta o rechaza el monto de la reparación civil y, por lo tanto, la procedencia del Principio de Oportunidad se limita únicamente al interés privado de la parte agraviada. Muchas veces el monto de reparación se plantea en cantidades exorbitantes de dinero y se frustra su efectiva aplicación.
- e) La ineficacia de principio de oportunidad se debe a que este no es útil socialmente, es decir, no significa nada socialmente, sólo sirve para satisfacer una pretensión individual cuando se hace depender su procedencia y los efectos de su aplicación de la aceptación del monto por parte de la víctima.

10. El Principio de Oportunidad constituye una Institución que se basa en el pragmatismo anglosajón. A través de ella se ponen de lado las teorías absolutas de la pena y se priman las teorías utilitarias, en este contexto significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la

persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, por motivos de utilidad social, su incorporación en nuestro sistema jurídico penal encuentra su justificación en razones de política – criminal, tales como la búsqueda de eficacia del sistema a través de la selectividad de casos, favorecimiento del derecho a un proceso sin dilaciones, la revitalización de los objetivos de la pena, la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima, evitar los efectos criminógenos y estigmatizantes de las penas privativas de la libertad, y sobre todo asumir como principio y finalidad, alcanzar la justicia material por encima de la formal, fortaleciendo el estado constitucional y democrático de derecho.

RECOMENDACIONES

1. Crear Fiscalías Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad y designar a Fiscales acreditados como conciliadores.
2. En cuanto a la reparación civil, reducir el monto a cancelar en una sola armada o permitir el fraccionamiento de acuerdo a la condición socio-económica del imputado.
3. Facultar a los centros de conciliación previa aprobación del fiscal, para aplicar el Principio de Oportunidad, cuyo resultado deberá ser remitido al mismo en su condición de titular de la acción previa para su conformidad.
4. Establecer directivas orientadas a la difusión y aplicación preferente del Principio de Oportunidad por parte de los defensores de oficio.
5. Las Fiscalías Especializadas en aplicación del Principio de Oportunidad deben dejar de ser un plan piloto para convertirse en parte integrante de la organización y estructura funcional del Ministerio Público, aplicando su cobertura a nivel nacional.
6. Se debe implementar campañas informativas sobre la aplicación del Principio de Oportunidad, a través de afiches, conferencias públicas, módulos informativos en el Ministerio Público y en otros órganos encargados de la administración de la justicia, o recurriendo a los medios de comunicación de gran envergadura como radio, televisión, prensa escrita e internet, por medio de avisos, para de esta manera difundir en forma masiva a nivel nacional, los alcances de esta importante institución procesal penal y por ende crear en la sociedad una cultura predispuesta a la conciliación.
7. La ineficacia del Principio de Oportunidad se advierte al momento de su aplicación al caso concreto, es decir, en su tramitación tales como notificaciones, diligencia de su aceptación, diligencia de acuerdo reparatorio, en donde muchas veces el problema radica en la dilatación del tiempo que lleva en

practicar estas diligencias, ya sea porque no es posible notificar a las partes, o estas no se ponen de acuerdo una vez presentes en el despacho, ya que al verse frustradas una de las diligencias, no existe un plazo determinado por la ley, para practicar estas diligencias, por eso muchas veces el personal fiscal, ya sea por negligencia o por la excesiva carga laboral con que cuenta el despacho, deja pasar un tiempo excesivo para luego recién pronunciarse, ocasionando con esto más carga laboral, tiempo perdido en diligencias sin resultado alguno, y lo que es peor aún que estos delitos al ser delitos de escasa relevancia penal y por ende merecer una mínima sanción penal prescriban en el despacho, sin haberse ejercitado la acción penal, generando con esto no solo responsabilidades, sino también un perjuicio a la administración de justicia. Por ello:

- a) Debería reglamentarse los plazos, en que deben practicarse las diligencias los cuales deben ser de obligatorio cumplimiento, determinarse los plazos en que debe realizarse cada diligencia específica,
- b) Otro problema que se ha advertido en su aplicación es que muchas veces las personas que cometen delitos en los que procede la aplicación de esta figura, los cometen más de una vez, y los delitos en que se infringe más de una vez son precisamente los de peligro común – conducción en estado ebriedad, el mismo que constituye un peligro inminente para la sociedad; frente a esto la aplicación del Principio de Oportunidad, no debe otorgarse más de una vez a un investigado, afortunadamente en el Ministerio Público se cuenta con el SIATF (Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal), en donde se registran todas las denuncias que ingresan a la fiscalía el mismo que se mantiene actualizado, con el que es sencillo y rápido detectar si es que una persona ha cometido más de una vez un delito en el que procede la aplicación de esta figura.

8. El fiscal debe asumir una posición a favor del Principio Oportunidad, tendiendo siempre a su aplicación, es decir, cuando el fiscal se encuentre frente a los supuestos que la ley establece para la procedencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, por regla general debe garantizar su aplicación, cumpliendo una función informativa, ilustrativa orientando y persuadiendo a la víctima, para que

el Principio de Oportunidad cumpla con sus objetivos político criminales, es decir, no puede permanecer inactivo o inerte, estos fines y objetivos deben estar por encima de la reparación del daño de la víctima, y muchas veces; por ello, no se debe hacer depender los objetivos políticos criminales que se persigue con el Principio de Oportunidad a un interés privado de la víctima, es decir, que se sujete a la aceptación de la víctima, adoptando esta una posición de venganza frente al denunciado, al negarse a aceptar su aplicación al caso concreto.

9. Por razones de política criminal el Principio de Oportunidad obedece a necesidades preventivas, está llamado a cumplir con una función preventiva, en ese sentido, desde la teoría de la prevención especial, la reparación del daño debe servir de escarmiento suficiente para que el individuo se abstenga de realizar delitos y, desde la teoría de la prevención general, la reparación del daño debe servir para que el resto se abstenga de realizar delitos. En ese sentido, la reparación de la víctima debe significar algo más allá de una satisfacción individual, es decir, debe tener algún significado social para que se pueda considerar útil. La eficacia de una institución depende de la utilidad que esta represente al sistema social, en ese sentido, el principio de oportunidad va a ser eficaz si es útil a la víctima, al delincuente y, sobretodo, a la sociedad en la prevención de conductas que lesionen bienes jurídicos y en la garantía de la libertad individual. Bajo este enfoque, la reparación de la víctima dentro del Principio de Oportunidad por razones preventivas y de utilidad social debe dirigirse a la sociedad, o mejor dicho a la víctima potencial, y no solo a la víctima actual como comúnmente sucede y cuando este no esta está de acuerdo con el monto reparatorio frustra toda posibilidad de llegar a una solución, en consecuencia, el Principio de Oportunidad resulta ineficaz al no cumplir con los fines político criminales para los que fue creado.

10. De otro lado, el monto reparatorio debe fijarse con los mismos criterios que se establecen para la determinación de la pena, en ese sentido, el monto no puede ser mayor al daño ocasionado siendo de preferencia que se fije dentro de dicho límite para que sea útil socialmente, es decir, para que sea pagado, y genere un

efecto preventivo especial, sea recibido satisfactoriamente por la víctima y tenga un significado en la sociedad, es decir, genere un efecto preventivo general. Cuando la víctima tiene la posibilidad de fijar el monto utiliza esa capacidad con el fin de vengarse del autor del delito, sin embargo, el monto no debe entenderse de manera retributiva, todo lo contrario, el efecto que debe manifestar debe ser eminentemente preventivo. Actualmente la víctima encuentra una forma de venganza o escarmiento en el momento de negarse a recibir un monto reparatorio y seguir con el proceso penal.

BIBLIOGRAFIA

1. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. El Principio de Oportunidad en el Perú. Palestra Editores S.A.C. Primera edición. Lima 1 – Perú. 2004.
2. ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad. PPU, Barcelona, 1991.
3. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal – Parte General.- Edit. ARA.- Lima, 2004.
4. BACIGALUPO, Enrique: “*Principios del Derecho penal parte general*”, Akal, Madrid, 1990.
5. BARREIROS, José Antonio: El *Proceso Penal*, Editorial Almedina, Coimbra, 1981.
6. BAUMANN, Jünger: “*Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*”, Editorial Perrot, Bs. As., 1986.
7. B. J. MAIER, Julio: “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, Desalma, Bs As., 1989.
8. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal – Parte General”.- Edit. PRAXIS.- Barcelona, 1999.
9. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993 – Análisis Comparado”.- Edit. RAO.- 5ta. Edic.- Lima, 1999.
10. BELING, Ernest: “*Proceso penal*”, Editorial Labor, Barcelona, 1943.
11. BINDER, Alberto: “*Introducción al Derecho Procesal Penal*”, Ad-Hoc, Bs. As. 1993.
12. BUSTOS RAMIREZ, Juan: “*Obras completas. Control social y otros estudios*”, T. I, ARA, Lima, 2004.
13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “*Principio garantista del derecho penal y procesal penal*”, en: derecho y Sociedad, Revista de Derecho N° 8-9 (Año 5).
14. CAFFERATA NORES, José: “*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*”, Editores del Puerto, Bs. As., 2000.

15. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo Código Procesal Penal*, Palestra Editores S.A.C. Lima, 2009.
16. CHOCANO NÚÑEZ, Percy: “*Teoría de la actividad procesal*”, Rhodas, Lima, 1999.
17. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “*Derecho penal. Introducción*”, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.
18. GARCÍA CAVERO, Percy. “*Lecciones de Derecho penal. Parte General*”, Grijley, Lima, 2008.
19. GIMENO SENDRA, Vicente: “*Proceso penal*”, Tiran lo blanch, Valencia, 1993.
20. GIMENO SENDRA, Vicente: “*Constitución y Proceso*”, Bosch, Madrid, 1988.
21. HURTADO POZO, José . “Manual de derecho penal – Parte General I” (3era ed.) Edit. GRIJLEY.- Lima 2005.
22. HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline: “*Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*” (traducción de Sergio Politof), Ariel, Barcelona, 1984.
23. JAÉN VALLEJO, Manuel. Justicia penal contemporánea. Edit. Portocarrero.- 1ra. Edic.- Lima, Agosto del 2002.
24. LAMAS PUCCIO, Luis. Inteligencia financiera y operaciones sospechosas.- Editora Gaceta Jurídica.- 1ra. Edic.- Lima, 2008.
25. LUZÓN PEÑA, Diego M. Curso de Derecho Penal – Parte General”.- Edit. Universitas.- Madrid, 1996.
26. MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan: “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
27. MIR PUIG, Santiago: “*Derecho penal. Parte general*” (7º ed.), Editorial B de F, Montevideo-Bs. As., 2004.
28. MELGAREJO BARRETO, Pepe. El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal. Jurista Editores. Primera Edición. Lima. 2006.

29. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal.- Edit. Tirant lo Blanch.- 16ª Edic.- Valencia, España.- 1997.
30. ORÉ GUARDIA, Arsenio: “*Estudios de derecho procesal penal*”, Alternativas, Lima, 199.
31. PALACIOS DEXTRE, Darío y MONGE GUILLERGUA, Ruth. El principio de oportunidad en el Proceso Penal Peruano. Editorial Grijley, Primera Edición, Lima, 2010.
32. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.- Serie G: Estudios Doctrinales.- México, 2000.
33. PRADO SALDARRIAGA, Víctor . “El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú”. Edit. Idemsa.- Lima, 1994.
34. PRADO SALDARRIAGA, Víctor . “Nuevo proceso penal, reforma y política criminal”.- Edit. Idemsa.- 1ra. Edic.- Lima, Julio del 2009.
35. QUIROGA LEÓN, Aníbal. “El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos”.- Jurista Editores.- Lima, 2000.
36. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “*El Proceso Penal. Lectura constitucional*, Bosch, Barcelona.
37. ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal – Catorce Años de Jurisprudencia Sistematizada.- Edit. Idemsa.- Lima, 2001.
38. ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho penal doctrina y jurisprudencia.- Jurista Editores.- 1ra Edic.- Lima, Perú.- Julio, 2004.
39. ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General”.- Trad. Luzón Peña, Díaz; García Conlledo; De Vicente Remesal. Edit.- Civitas.- Madrid 1997.
34. ROXIN, Claus. “DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL”.- Edit. Ariel.- 1ra. Edic.- España.- Marzo de 1989.
35. ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual.- Trad. Manuela Abanto Vásquez, Edit. GRIJLEY.- Lima, 2007.

36. ROXIN, Claus /Günther ARTZ/Klaus TIEDEMANN: “*Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*” (traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer), Ariel, Barcelona, 1989.
37. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo Proceso Penal*, 1ª Edic. IDEMSA, Lima, 2009.
38. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: “*Estudios de Derecho procesal penal*”, Alternativas, Lima, 1993, pp. 134.
39. SAN MARTIN CASTRO, César. “*Derecho procesal penal*”, Volumen 1, Grijley, Lima, 2000.
40. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “*Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”*”, en: Estudios de Derecho penal, Biblioteca de autores extranjeros, N° 5, Grijley, Lima, 2000.
41. STRATENWERTH, Günther: “*Derecho penal. Parte general I*”, *El hecho punible* (traducción de la 4º ed. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti) Hammurabi, Bs. As., 2005.
42. TORRES CARO, Carlos Alberto. *El principio de oportunidad: un criterio de justicia y de simplificación procesal*”. Librería Editorial S.A. S.A. Lima. 1998.
43. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “*Derecho penal. Parte general*”, Grijley, Lima, 2006.
44. YON RUESTA, Roger: “ *El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal*”, en: Derecho, N° 46 (1992), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
45. ZAFFARONI, Eugenio Raúl /Alejandro ALIAGA/Alejandro SLOKAR: “*Derecho penal. Parte General*”, Ediar, Bs. As., 2000.

ANEXO N° 01

ENCUESTA A FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE AYACUCHO

1. **De las denuncias que ingresa a su Fiscalía en que porcentaje aproximadamente le otorga el trámite para la aplicación del principio de oportunidad?**
 - a. 1% - 5%
 - b. 5% - 25%
 - c. 25% - 50%
 - d. Más de 50%

2. **En qué tipo de delitos considera que debe aplicarse el principio de oportunidad?**
 - a. En los delitos cuya pena no supere los dos años de Pena Privativa de Libertad.
 - b. En que delitos cometidos por Funcionarios Públicos
 - c. En los delitos que superen los cuatro años de Pena Privativa de Libertad, que por las características del tipo penal puede aplicarse.

3. **Qué criterios le permiten establecer la aplicación del principio de oportunidad, además del tipo delictual?**
 - a. Que las partes lo soliciten
 - b. Por el merito de los actuados que pueden llegar a una conciliación
 - c. Suficiente que sea un delito de escasa relevancia

4. **En instancia jurisdiccional, su Despacho ¿solicita la aplicación del principio de oportunidad?**

Si
No

5. **Hasta que etapa procesal, el Ministerio Público puede aplicar el Principio de Oportunidad.**
 - a. Hasta antes de la formalización de la denuncia penal
 - b. Hasta antes de la acusación escrita del Fiscal.
 - c. Hasta antes de la lectura de la sentencia incluyendo la segunda instancia.
 - d. Otro.

6. **Considera que el ordenamiento procesal es claro para la aplicación del Principio de Oportunidad en etapa judicial?**

Si
No

7. **¿Qué porcentaje aproximado, ocupa en su carga procesal de despacho, las denuncias sobre delitos menores?**
 - a. Menor de 25%
 - b. De 25% a 50%
 - c. Más de 50%

- 8. ¿Cuántas denuncias descarga su Despacho mensualmente, en mérito de haber aplicado el principio de oportunidad?**
- Ninguna
 - Entre una y dos al mes
 - Tres o más veces
- 9. En su opinión, la carga procesal influye sobre la buena aplicación del principio de oportunidad?**
- Si
No
- 10. De los casos donde usted aplicó el principio de oportunidad, ¿en cuántos hubo composición entre las partes?**
- En todos (100%)
 - En casi todos (mayor de 50%)
 - En la mitad (50%)
 - En algunos (menor de 25%)
- 11. Conoce el marco jurídico en el que se encuentra regulado el principio de oportunidad.**
- Si
No
- 12. Considerando la duración de la pena mínima de cada delito ¿en qué delitos procede la abstención de la acción penal?**
- menores de dos años
 - Mayores de dos años y menores de cuatro
 - Mayores de cuatro
- 13. De los delitos donde debió aplicarse el principio de oportunidad. ¿Cuántos casos se ha tenido que formalizar por no ponerse de acuerdo las partes?**
- En todos (100%)
 - En casi todos (> de 50%)
 - En la mitad (50%)
 - En algunos (< de 25%)
 - Ninguno
- 14. De los abogados defensores de la parte agraviada, ¿Qué porcentaje le solicitan a Ud., la aplicación del principio de oportunidad?**
- Ninguno
 - Pocos (< de 25%)
 - Algunos (25% a 50%)
 - Todos (100%)
- 15. Cuando notifica a las partes para la diligencia de conciliación ¿en qué porcentaje las partes concilian?**
- 1%-30%
 - 30%-60%
 - 60%-85%
 - Más de 85%

16. En qué medida las partes llegan a conciliar ante su despacho?

- a. 1%-25%
- b. 25%-50%
- c. Más de 50%

17. En qué estado resuelve por la abstención de la acción penal?

- a. En el momento del acuerdo de las partes
- b. Luego de que las partes cumplan con el acuerdo
- c. Otras

18. Las partes cumplen con los acuerdos asumidos en la conciliación

- a. 1%-25%
- b. 25% - 50%
- c. Más de 50%

19. De no existir conciliación entre las partes se debe a:

- a. La no aceptación de las partes
- b. Falta de colaboración de los abogados
- c. Otras razones

20. ¿El Fiscal tiene la facultad de proponer alguna fórmula de conciliación?

- Si
- No

21. ¿Cuenta con estudios de conciliación?

- Si
- No

ANEXO N° 02

ENCUESTA EFECTUADA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE AYACUCHO.

- 1. Aplica el principio de oportunidad en su Despacho?**
Si
No

- 2. De ser afirmativa su respuesta anterior, a solicitud de quien lo hace?**
 - a. Del Ministerio Público
 - b. De las partes
 - c. De terceras personas
 - d. De oficio

- 3. En qué etapa procesal aplica el principio de oportunidad?**
 - a) Al expedir el auto apertorio
 - b) Hasta antes de la acusación fiscal escrita
 - c) En cualquier etapa del proceso

- 4. De la carga procesal que existe en su Despacho que porcentaje se resuelve por el principio de oportunidad?**
 - a) De 0% a 5%
 - b) De 6% a 10%
 - c) De 11% a 15%
 - d) De 15% a más

- 5. Cuando aplica el principio de oportunidad lo realiza necesariamente con la presencia física de las dos partes en su Despacho?**
Si
No

- 6. Tuvo la oportunidad de algún curso u otro sobre conciliación**
Si
No

A N E X O: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
La aplicación del principio de oportunidad en los delitos de bagatela.	<u>PROBLEMA PRINCIPAL</u> -¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?	<u>OBJETIVO GENERAL</u> -Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela	<u>HIPÓTESIS GENERAL</u> - Las implicancias en la aplicación del principio de oportunidad presenta deficiencias, por la inobservancia de la norma respectiva de los operadores y partes procesales, en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal en los delitos de bagatela.	<u>VARIABLE INDEP.</u> X. Principio de Oportunidad <u>Indicadores:</u> X.1 Denuncias X.2 Situación conflictiva X.3 Comportamiento conflictivo	1. Tipo de Investigación Básica 2. Nivel de Investigación -Descriptivo -Explicativo -Correlacional 3. Método Descriptivo -Deductiv/inductiv -Análisis/síntesis -Comparativo -Interpretación -Estadístico 4. Diseño Investig. Jur. or objetivo 5. Población
	<u>PROBLEMA SECUNDARIO</u> ¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso) en la etapa preliminar del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?	<u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u> -Determinar las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso) en la etapa preliminar del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.	<u>HIPOT. ESPECIFICA</u> -Las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso) presenta deficiencias por la inobservancia de la norma en los delitos de bagatela.	<u>VARIABLE DEPEND.</u> Y. Delitos de Bagatela <u>INDICADORES:</u> Y.1 Tipo de delito Y.2 Y.3 Judicial	
	-¿Cuáles son las implicancias de la aplicación del principio de	-Determinar las implicancias de la aplicación del principio de			

	<p>aplicación del principio de oportunidad intra proceso en la etapa judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?</p> <p>-¿Cuáles son los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela?</p>	<p>oportunidad intra proceso en la judicial del proceso penal peruano en los delitos de bagatela.</p> <p>-Establecer los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra en la etapa preliminar y judicial del proceso penal peruano proceso en los delitos de bagatela.</p>	<p>-Las implicancias de la aplicación del principio de oportunidad intra proceso presenta deficiencias por la inobservancia de la norma en los delitos de bagatela.</p> <p>-Los criterios de la aplicación del principio de oportunidad intra y extra proceso presenta deficiencias por la inobservancia de la norma en los delitos de bagatela.</p>		<p>Principio de Oportunidad en delitos de bagatela</p> <p>6. Muestra</p> <p>80% de la población</p> <p>7. Muestra</p> <ul style="list-style-type: none"> - Entrevistas - Encuestas -Análisis documental <p>8. Instrumentos</p> <ul style="list-style-type: none"> -Guía de entrevistas -Cuestionario -Ficha de análisis de expedientes judiciales.
--	---	--	--	--	---