

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

NUEVOS TIEMPOS, NUEVAS IDEAS

ESCUELA DE POSGRADO

DR. LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑÁN



DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL

Presentado por

ROBERT RAMÓN ZAPATA VILLAR

Para optar el grado de Doctor en Derecho

ASESOR: Dra. GIOVANNA VÁSQUEZ-CAICEDO PÉREZ

Lima –Perú

2019

DEDICATORIA

A todos los Abogados que luchan por la
Justicia.

AGRADECIMIENTO.

En gratitud a mis hijas Daniela y Luciana y esposa Neyde que constituyen el aliento para seguir superándome.

ÍNDICE

Resumen	
Abstract	
Introducción	

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Marco filosófico	01
1.2 Marco histórico	04
2.1 Origen dogmático o doctrinario de los Criterios de Oportunidad	04
2.2 Origen legislativo de los Criterios de Oportunidad	06
1.3 Marco teórico	
La Acción Penal e Instituciones de solución temprana	33
1.1 La Acción Penal	33
1.2 Instituciones de solución temprana de imputaciones penales	43
1.3 Los Criterios de Oportunidad	56
El Derecho penal general y su incidencia en los Criterios de Oportunidad	56
2.1 Aspectos generales	56
2.2 Teoría del Delito	57
2.3 Las Consecuencias Jurídicas del Delito	85
Los Criterios de Oportunidad	108
3.1 Definición	108
3.2 Finalidad	109
3.3 Fundamentos	109
3.4 Naturaleza jurídica	114
3.5 Características	115
3.6 Modelos de Criterios de Oportunidad	118

3.7 Derecho Comparado	120
Los Criterios de Oportunidad en el Perú	
4.1 Descripción legal actual de los Criterios de Oportunidad	134
4.2 El Principio de Oportunidad	134
4.2.1 Iniciativa para solicitar el Principio de Oportunidad	137
4.2.2 El Consentimiento	138
4.2.3 Supuestos de aplicación	139
4.2.4 Trámite del Principio de Oportunidad	147
4.3 El Acuerdo Reparatorio	150
4.3.1 Iniciativa para solicitar aplicar el Acuerdo Reparatorio	150
4.3.2 Supuestos de aplicación	151
4.3.3 Trámite del Acuerdo Reparatorio	157
4.4 Causales de improcedencia de los Criterios de Oportunidad	161
1.4 Investigaciones	163
1.5 Marco conceptual	166

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.1 Planteamiento del problema	171
2.1.1 Descripción de la realidad problemática	171
2.1.2 Antecedentes teóricos	173
2.1.3 Definición del problema	174
2.2 Finalidad y Objetivos de la Investigación	175
2.2.1 Finalidad	175
2.2.2 Objetivo General y Específicos	176
2.2.3 Delimitación del estudio	176
2.2.4 Justificación e Importancia del estudio	177

2.3 Hipótesis y Variables	180
2.3.1 Supuestos teóricos	181
2.3.2 Hipótesis Principal y Específicas	182
2.3.3 Variables e Indicadores	183

CAPÍTULO III

MÉTODO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.1 Población y Muestra	184
3.2 Diseño utilizado en el estudio	186
3.3 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos	187
3.4 Procesamiento de datos	187

CAPÍTULO IV

PRESENTACION Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1 Presentación de resultados	188
4.2 Contrastación de Hipótesis	218
4.3 Discusión	222

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones	224
5.2 Recomendaciones	226

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

- a) Instrumentos de recolección de datos
- b) Matriz de coherencia interna
- c) Ficha de validación de instrumento

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo general identificar una serie de problemas que afectan la tasa de aplicación y, por otro lado, desde la dimensión de su importancia, intenta proponer resultados a cada uno de estos problemas.

La presente tesis constituye una investigación explicativa porque evaluaremos si esta institución basada en las diversas fundamentaciones que la apoyan, busca superar las deficiencias del sistema procesal, basándose en los cambios legales que propone, así como identificar algunas dificultades derivadas de su aplicación en el sistema de justicia estatal peruano.

La principal conclusión es que la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad se basa en el nivel de interpretación y apropiada de los operadores del derecho sobre las categorías legales criminales relacionadas con la Teoría del Delito y también de las Consecuencias Jurídicas del Delito.

Palabras clave: Criterios de oportunidad, principio de oportunidad, acuerdos de reparación, teoría del delito, consecuencias jurídicas del delito.

ABSTRACT

The present investigation is general objective to identify a series of problems that affect the rate of application and, on the other hand, from the dimension of its importance, try to propose results to each one of these problems.

This thesis is a explanatory research because we will evaluate if this institution based on the various foundations that support it, seeks to overcome the deficiencies of the procedural system, based on the legal changes proposed, as well as identify some difficulties derived from its application in the Peruvian state justice system.

The main conclusion is that the rate of application of the Opportunity Criteria is based on the level of interpretation and appropriateness of the operators of the law on the criminal legal categories related to the Theory of Crime and also of the Legal Consequences of Crime.

Keywords: Criteria of opportunity, principle of opportunity, repair agreements, Theory of crime, Legal Consequences of Crime.

INTRODUCCIÓN

Al iniciar el siglo XXI se ha hecho evidente y generalizado reflexionar sobre la ineficiencia del sistema de administración de justicia, como la excesiva carga procesal, la inoperancia judicial para enfrentarla a partir muchas veces de su estructura orgánica, la cual ha suscitado propuestas de una reforma profunda de todo el sistema punitivo.

La crisis de la justicia penal se refleja en la lentitud, ausencia o escasez de garantías y la ineficiencia del procesal penal, que compromete eso sí, no sólo el ámbito procesal penal sino también a partir de la propia configuración constitucional y también desde el ámbito penal, siendo una de ellas, incoherencias legislativas como implantar desde el Derecho Penal el incremento de conductas para tipificarlos como delitos, así como elevar los márgenes de penas de muchos delitos y, por otro lado, desde el ángulo procesal penal, establecer mecanismos aceleratorios o salidas alternativas del proceso penal, tales como el proceso inmediato, terminaciones anticipadas, colaboración eficaz, criterios de oportunidad, entre otros.

A partir de esta última opción legislativa de buscar políticas de aceleramiento procesal se encuentra precisamente los Criterios de Oportunidad como el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, figuras propias del nuevo modelo de proceso penal instaurado en nuestro país.

El legislador nacional ha optado poner en vigencia el nuevo modelo del Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 957 a partir del año 2,004 en forma progresiva, no obstante los Criterios de Oportunidad, en especial el Principio de Oportunidad, se encuentra vigente desde el año 1,991 con el Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N°638, lo que significa que dicha institución tiene vigencia en nuestro país por más de 25 años, y es entonces a partir de ese dato temporal

in extenso que ha generado preocupación académica en conocer cuáles el nivel de la tasa de aplicación a casos que sus presupuestos permiten aplicar, tanto más cuando a través de estos años se ha verificado que desde la institución llamada a aplicar, como es el Ministerio Público, no sólo hubo preocupaciones institucionales como crear Fiscalías Especializadas, sino también políticas normativas al emitirse sendas resoluciones con el propósito de alentar su aplicación del Principio de Oportunidad, sino también desde el ámbito legislativo hubo cambios y propuestas legales que no sólo han modificado su estructura y alcances del Principio de Oportunidad, sino la incorporación de los Acuerdos Reparatorios, así como casos o supuestos de improcedencia de ambos supuestos denominados Criterios de Oportunidad.

En esa línea, el propósito de esta investigación es verificar el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad, a partir de un análisis dogmático procesal penal y sustantivo, identificando sus causas o distorsiones que afectan su adecuada aplicación así como, por qué no, dimensionar su importancia a partir de sus fundamentos y su rol en la reforma procesal penal; que, desde inicio, podemos adelantar que los Criterios de Oportunidad constituyen una eficiente medida de política criminal que permitiría reducir la criminalidad primaria a través del uso adecuado de criterios de selectividad, que lograría eficiencia y economía en la administración de justicia, así como, a la par, poner de relieve el rol que debe asumir la víctima del delito en el nuevo proceso penal.

El presente trabajo está estructurado entonces en cinco capítulos: Fundamentos teóricos de la investigación; el problema, objetivos, hipótesis y variables; método, técnicas e instrumentos, presentación y análisis de los resultados, conclusiones y recomendaciones, la bibliografía y los anexos.

El Capítulo I está comprendido por el marco filosófico, teórico, histórico, investigaciones anteriores y el marco conceptual en la cual se desarrolla un enfoque teórico global de tema de los Criterios de Oportunidad en relación con tópicos como el Derecho penal

general importantes para su aplicación, como el delito, sus componentes, el error de tipo, las causas de justificación o inculpación, o la reparación civil en su contenido como la restitución o la no repetición que buscan potenciar la aplicación de los mecanismos de solución temprana de imputaciones penales.

El Capítulo II abarca el problema de la investigación, los objetivos, hipótesis y variables, donde se expresa la realidad problemática de la aplicación de los Criterios de Oportunidad estimando la tasa de aplicación en función directa del conocimiento o no de los operadores del derecho respecto del Derecho penal general y que en forma provisional planteando que tiene relación directa entre ambas variables, el cual ha sido luego objeto de contrastación.

El Capítulo III aborda el método, técnicas e instrumentos, en el entendido que en un trabajo de investigación de estas características se hace imperativo acudir a métodos y técnicas de investigación, para lo cual hemos utilizado el método explicativo, y como técnicas acudimos al Análisis documental y a la Entrevista para lo cual utilizamos las Fichas de registro de información y el Cuestionario y como instrumentos de trabajo.

En el Capítulo IV se encuentra los resultados hallados en la investigación y que en mucho confirman las hipótesis planteadas, el cual servirán de insumo no solo para este trabajo sino para futuras investigaciones a fin de plantear conclusiones y recomendaciones como producto final de un trabajo de indagación e investigación.

Por último, el Capítulo V contiene la conclusiones y recomendaciones a partir de los hallazgos y que se expresan a través de capacitaciones en dogmática penal, así como en fórmulas legales que, por cierto, están sujetas a futuras renovaciones, por el cual estaré gratamente agradecido.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 MARCO FILOSÓFICO

Entendiendo que la Filosofía es un modo del saber que cuestiona permanentemente sus propios presupuestos y los presupuestos de la ciencia y en razón a ello es que el hombre de filosofía, según Bochenski, es quien piensa racionalmente y trata de llevar claridad, es decir, orden y por ende razón al mundo y a la vida, siendo que la Filosofía práctica por su parte busca la sabiduría en el actuar, y el Derecho precisamente trata de problemas relacionados con la conducta del hombre en sociedad (CATENACCI 2001 : 85), consideramos que los Criterios de Oportunidad como expresión del Derecho penal y Procesal penal forma parte de los temas de reflexión filosófica.

El Derecho procesal penal tiene como objeto el esclarecimiento de un hecho de cariz delictivo, y muchas veces para lograr ese propósito se utiliza la prisión preventiva, es decir, se compromete un derecho fundamental como es la libertad de la persona humana.

Esta restricción individual que ahora debe protegerse y se asigna como deber primordial del Estado moderno, se convierte también a su vez en obligación del propio Estado consistente en cautelar a la población (es decir, a todos nosotros) de las amenazas contra la seguridad; lo que debe significar que el nuevo Proceso Penal de corte Acusatorio con tendencia adversarial debe buscar un equilibrio entre lo que es proteger dicha garantía y a la vez propender a lograr eficacia en el esclarecimiento de los hechos.

En esa dirección, los Criterios de Oportunidad en el marco del proceso penal antes indicado, surge a raíz del fracaso en los años sesenta de lo que es la pena privativa de la libertad, introduciéndose entonces en las leyes penales sustantivas medidas alternativas como la Suspensión de la ejecución de la pena, la Reserva del Fallo Condenatorio, la Sustitución o Conversión de penas, entre otras; y en esa línea es que se encuentra el Código Penal vigente promulgado por Decreto Legislativo N° 635 puesto en vigencia el 08 de abril de 1991. Pero también surge por el fracaso del Sistema Inquisitivo en donde el juez a la vez que es instructor o investigador, también juzga o resuelve el conflicto penal, modelo adoptado por el Código de Procedimientos Penales de 1,939 promulgado por Ley N° 9040 del 16 de enero de 1940 y que estuvo vigente por más de setenta años en nuestro país.

Otra característica del sistema inquisitivo es la que impone el Principio de legalidad procesal, el cual se desarrollará en acápites posteriores, que significaba una vez ingresado el conflicto penal al sistema judicial éste necesariamente tenía que trasuntar por todo el íter procesal hasta llegar indefectiblemente a la última etapa del Juzgamiento donde se expide una sentencia sea condenatoria o absolutoria, sin importar las restricciones de la libertad de la persona y, lo más grave, neutralizando toda capacidad de decisión del nada menos otro protagonista del hecho delictivo como es la víctima. Será por eso que razón no le faltaba a Bovino cuando señalaba que dicho principio afirmaba la vigencia y hallaba su fundamento en las teorías absolutas de la pena, mientras que el Principio de Oportunidad obtiene su justificación en las teorías utilitarias -teorías preventivas- de la pena al reconocer la aplicación del Derecho penal no como un imperativo metafísico de justicia, sino como un instrumento orientado a la prevención de aquellos hechos considerados disvaliosos (BOVINO 1996 : 162).

Ahora bien, desde la Filosofía las teorías de la pena y por consiguiente del Derecho penal y de Derecho procesal penal fueron motivo de reflexión a lo largo de la historia jurídica.

El filósofo alemán Immanuel Kant (1721-1808) en su obra *Metafísica de las Costumbres*, asumiendo la teoría retributiva sostenía que según las exigencias de la Justicia, la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir, como una exigencia incondicional de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria, y es famoso el ejemplo que brinda al respecto, en una isla donde deciden disolverse y pese a ello hay pendiente de sanción delincuentes, y afirma entonces que debería ejecutarse la pena hasta el último asesino, únicamente para que todos comprendiesen el valor de sus actos, y culminaba diciendo “Si perece la Justicia, carece de valor que vivan los hombres sobre la tierra”. Es decir, para esta concepción rige la Ley del Tali3n: Ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre. No persigue otra funci3n, ni preventiva ni ulterior y sus or3genes se encuentran en los textos b3blicos y en los fil3sofos griegos.

Por su parte Friedrich Hegel (1770-1831) en su obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, sostenía tambi3n que para restablecer la vigencia de la “voluntad general” representada por la ley, la cual ha sido negada con el acto cometido, es necesario negar esa negaci3n a trav3s del castigo para que surja de nuevo la afirmaci3n de la “voluntad general” (MIR PUIG 2012 :78). Es decir, esta postura concebía el delito como negaci3n general del Derecho, y la pena como negaci3n de la negaci3n del Derecho, y 3sta doble negaci3n debía provocar la reafirmaci3n de la norma jur3dica (POLAINO 2008 : 73).

En la actualidad estas concepciones de la pena est3n totalmente superadas por cuanto la funci3n de la pena y por consiguiente del Derecho Penal y el Derecho Procesal que sirve para su aplicaci3n, es preventiva, protectora y resocializadora y busca proteger bienes jur3dicos lesionados, al extremo que, si ello no se verifica o es m3nima su vulneraci3n de acuerdo al principio de lesividad reconocido en el art3culo IV del T3tulo Preliminar del C3digo penal vigente, la pena no se aplica o ejecuta.

Las teorías preventivas por su parte afirman que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos, es decir lo que busca la prevención es proteger bienes jurídicos, y esto se puede lograr a través de la prevención general, ya sea positiva o negativa o a través de la prevención especial, sea positiva o negativa. Se concibe como prevención especial porque va dirigida no a la colectividad sino al individuo en particular, y es positiva cuando se busca con la pena la reafirmación de la norma penal, y es negativa cuando a través del miedo se logra intimidar al sujeto para que no vuelva a cometer nuevo delito (GARCIA 2008 : 53).

Los Criterios de Oportunidad se cobijan dentro de las Teorías Preventivas de la pena y son las que precisamente explican y justifican estas salidas alternativas a la justicia penal, por cuanto dichos Criterios están orientados a la prevención de la comisión de hechos delictivos, es decir, la pena ahora tiene sentido, porque propende a una finalidad útil y necesaria, como es lograr la resocialización y la prevención del delito, y en esa dirección con vigencia de la prevención especial que busca evitar la contaminación carcelaria en casos de sujetos que cometan delitos de mediana o leve gravedad, se justifica en el sistema procesal penal las salidas tempranas de imputaciones penales.

1.2 MARCO HISTÓRICO

2.1 Origen dogmático o doctrinario de los Criterios de Oportunidad

El origen dogmático histórico en general de los Criterios de Oportunidad se encuentra en función de los sistemas procesales como el anglosajón y los países que se adscriben al denominado sistema procesal europeo-continental.

El origen primario de los Criterios de Oportunidad se encuentra en los países de la órbita o sistema anglosajón, teniendo como países más representativos Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica.

En Gran Bretaña la policía lleva todo el peso de la investigación del delito, goza de independencia funcional y disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuándo y cómo iniciar el proceso penal, reforzado por la “*caution*” que es una amonestación formal sin consecuencias jurídicas, y el “*guilty plea*” que viene a ser admisión de cargos formulados y permite que la policía no tenga que llevar a un juicio importantísima cantidad de casos penales (ARMENTA DEU: 2012: 27).

En Estados Unidos de Norteamérica, país que ha recepcionado su sistema procesal penal de Gran Bretaña, pero basándose en un dato real donde el sistema penal se aplica en realidad a sólo 2 % de la criminalidad, tuvo que adoptar al “*bargaining*” en sus diversas modalidades, como método real en la persecución de los delitos (ARMENTA DEU: 2012: 29).

Es decir, en este país se desconoce el principio de legalidad procesal propio del derecho continental, a la cual estamos adscritos, y adopta el principio de oportunidad amplio o como regla, donde los fiscales ejercen sus facultades persecutorias con discrecionalidad ilimitada (BOVINO: 1996: 162).

En cambio, en los países europeo-continentales como Italia, Francia, España y por consiguiente Perú, que tiene como nota básica de su sistema procesal el principio de legalidad procesal que implica que todo delito debe ser perseguido ineludiblemente por el Estado no dejando margen de consenso o negociación a las partes involucradas, adoptaron el Principio de Oportunidad como excepción. Así por ejemplo el Código de 1,959 Francés en su artículo 40° inciso 1 cuando dispone “El Procurador de la Republica revisa las denuncias y aprecia el curso a darse (PRADEL JEAN: 2004: 306)

siendo su recepción sin embargo recién entrado el presente siglo XX, debido en gran medida en que en estos países la Inquisición hundió sus raíces fundamentales, y por otra parte, tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa (Kant y Hegel) contrario a la línea del utilitarismo y sentido común inglés (Maier: 2002: 837).

Esta opción legislativa, al que Espinoza denomina la celeridad procesal como tendencia político-criminal, se vio impulsada desde los años 80, para lo cual ha constituido un referente importante la Recomendación 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de setiembre de 1978, en la que se señala de manera clara que las demoras de la justicia penal podría remediarse no sólo mediante los recursos que se le asigna y por la forma de utilizar estos, sino también mediante una mejor definición de las prioridades de la gestión de la política penal, tanto en lo que se refiere a la forma, como al fondo, mediante: la aplicación del principio de oportunidad a la práctica de las diligencias, la utilización en las infracciones menores y los contenidos masivos de procesos denominados sumario; transacciones por parte de la autoridad competente en materia penal y otras autoridades que intervengan en sustitución de las diligencias, procedimientos denominados simplificados la simplificación del procedimiento jurisdiccional ordinario, y esto se consigue con la potenciación funcional del Ministerio Público (ESPINOZA 2004 :446)

2.2 Origen legislativo de los Criterios de Oportunidad en el Perú

A partir de los datos anteriores podemos analizar y hurgar sobre el origen legislativo y su evolución de los Criterios de Oportunidad en nuestro país.

En primer lugar, nuestra norma Constitucional peruana no ha previsto, como la Constitución Colombiana, una cláusula expresa sobre el Principio de Oportunidad.

La Constitución Política de 1,979 en el artículo 250° señalaba que el Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado, otorgándole así autonomía constitucional y señala que le corresponde vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

La Constitución actual de 1,993 de forma igual que la anterior le reconoce autonomía al Ministerio Público previsto en el artículo 159° y precisa entre sus atribuciones conducir desde un inicio la investigación del delito y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, y sus funciones y organización ha sido desarrollado luego por el Decreto Legislativo N° 052 –Orgánica del Ministerio Público. Esta norma adopta claramente el principio de legalidad procesal como criterio rector en toda investigación de delitos.

El proceso penal cuando estaba vigente la Constitución Política de 1,979 se encontraba regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1,939, que adopta también el principio de legalidad procesal, pues es el juez instructor quien dirige la instrucción (investiga) y luego el fiscal penal se limita a dictaminar antes de la sentencia.

Ahora bien, en cuanto al origen legal de los Criterios de Oportunidad desde su incorporación en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 1991, y habiendo transcurrido más de 18 años, ha sufrido hasta cinco modificaciones. La primera ha sido por la Ley N° 27072 de 23 de marzo de 1999, la segunda por Ley N° 27664 de 08 de febrero de 2002, la tercera por Ley N° 28117 de 10 de diciembre de 2003, la cuarta por el Decreto Legislativo N° 1102 de 29 de febrero de 2012 y la quinta y última por la Ley N° 30076 de 19 de agosto de 2013.

2.2.1 El Código Procesal Penal de 1,991

Los Criterios de Oportunidad nacen, en rigor, con el Decreto Legislativo N° 368 del 27 de abril de 1991 que aprueba el Código Procesal Penal de 1,991, vigente a partir del 28 del mismo mes; en cuanto al Principio de Oportunidad la redacción originaria del artículo 2° señalaba: “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 directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada; 2) Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos (02) 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 tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en 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 en ese sentido.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el juez podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos”.

2.2.2 Proyecto de Código Procesal Penal de 1,995

Esta norma que nunca entró en vigencia planteaba en el Artículo 2°: “El Ministerio Publico, 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 culposo o doloso,

siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte inapropiada; 2) Cuando se tratare de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo; 3) Cuando conforme a las circunstancias del hecho denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°; 22° y 25°, segundo párrafo del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en 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 el agraviado en ese sentido.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el juez podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos”

2.2.3 La Ley N° 27072

Posteriormente el 23 de marzo de 1,999 se publica dicha Ley que modifica el artículo 2°, en los términos siguientes: “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 tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos (02) 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 tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en 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 la acción penal hubiera sido ya ejercida, el juez podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos”

2.2.4 La Ley N° 27664

Que, el 08 de febrero de 2002 se promulga bajo la denominación “**Ley que agiliza el Procedimiento de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público**” y modifica el artículo 2° con texto siguiente: 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 tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos (02) 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 tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en 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”.

2.2.5 La Ley N° 28117

El 10 de diciembre de 2003 se publica bajo la denominación **Ley de Celeridad y Eficacia Procesal Penal** donde incorpora la otra modalidad del Criterio de Oportunidad denominado Acuerdo Reparatorio con el tenor siguiente: Incorporase párrafo al artículo 2 del Código Procesal Penal: 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 proponerle 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”.

2.2.6 El Decreto Legislativo N° 1102

El 29 de febrero de 2012 se publica dicha ley básicamente para regular los delitos de Minería Ilegal, disponiendo que entraría en vigencia a los quince días de su publicación, incorporando en el artículo 3 el texto siguiente “Modifíquese el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 638 en los términos siguientes “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 tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere 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 conforme la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare 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 de 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 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 se 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.

El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307°-A, 307°-B, 307°C, 307°D, y 307°E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo o indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo”.

Asimismo, en el artículo 4 se señala: Incorporación del numeral 8 al artículo 2 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 en los términos siguientes: Artículo 2 Principio de Oportunidad (..) 8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido de los delitos previstos en los artículos 307°-A, 307°-B, 307°C, 307°D, y 307°E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo o indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo”.

2.2.7 Ley N° 30076

El 19 de agosto de 2013 se publica dicho dispositivo legal en la que se modifica diversas normas del Código Penal, Código Procesal Penal, Código de los Niños y Adolescentes, y entre ellos, los Criterios de Oportunidad, siendo actualmente el texto legal vigente de los Criterios de Oportunidad por lo que su análisis dogmático será desarrollado más adelante.

Ahora bien, el Ministerio Público como institución autónoma ha regulado la materia en el ámbito interno dictando varias normas destinadas a superar o incrementar la aplicación de los Criterios de Oportunidad. Desarrollamos a continuación.

2.2.8 Circular N° 006-95-MP-FN

Mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1072-95-FN de fecha 16 de noviembre de 1995 se aprobó dicha Circular N° 006-95-MP-FN referida a la aplicación del Principio de Oportunidad que señala:

1. Los señores Fiscales deben aplicar las instrucciones que se emiten en la presente Circular en la forma que estimen más arreglada a los fines de la justicia penal. Si consideran que existe alguna omisión o contradicción en sus términos, así como que resulta necesario regular otros aspectos o hacerlo de distinta manera, se dirigirán a la Fiscalía de la Nación por medio del señor Fiscal Superior Decano, para su evaluación correspondiente.
2. La decisión de abstenerse de ejercitar la acción penal, es decir, de no formalizar denuncia penal, al amparo del Art.2 del Código Procesal Penal, se adopta mediante resolución debidamente motivada. El Fiscal Provincial, para expedir una decisión de esa naturaleza, debe tener a la vista la denuncia de parte

acompañada de los recaudos probatorios que la sustente, el Atestado Policial correspondiente o los actuados formados con motivo de la investigación preliminar realizada por su Despacho.

3. Se archivará los actuados por razones de oportunidad siempre que existan suficientes elementos probatorios de la realidad del delito y de la vinculación del implicado o denunciado en su comisión, así como que se presenten los supuestos de falta de merecimiento o falta de necesidad de pena previstos en los incisos 1 al 3 del Art.2 del Código.
4. Si el Atestado Policial o las investigaciones preliminares que ha realizado carecen de los requisitos mínimos de prueba y no existe fundamento para denunciar, el motivo de archivo de lo actuados será la puntualizada en el artículo 94, inciso 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
5. El Fiscal, una vez recibido los actuados policiales o la denuncia de parte con las constancias probatorias pertinentes o culminada la investigación preliminar realizada por su Despacho, si considera posible la cesación del trámite al amparo del Art. 2 del Código, citará al denunciado o implicado para recabar su aceptación. La resolución que señala fecha para la diligencia debe expedirse dentro de los veinte días de recibido los actuados o culminada la investigación preliminar. La diligencia se convocará dentro de los quince días siguientes.
6. En los supuestos de los Incs.2 y 3 de dicho artículo, siempre que el denunciado o implicado acepta la aplicación del principio de oportunidad, se citará al agraviado, en tanto se encuentra identificado y se trate de delitos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales. También se citará al tercero civil, de ser el caso. Esta segunda diligencia se convocará dentro de los diez días siguientes a la aceptación del denunciado o implicado.

Si el denunciado o implicado no asiste a la primera diligencia, luego de haberse constatado que fue oportunamente notificado se procederá a formalizar denuncia penal en su contra. Si el agraviado y, en su caso, el tercero civil, no

asisten a la segunda diligencia, el Fiscal de aceptar el denunciado o implicado la abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad, determinará prudencialmente el monto indemnizatorio que corresponda. Para este efecto tendrá en consideración lo dispuesto en los Arts. 93 al 95 del Código Penal.

El Fiscal procurará que el denunciado o implicado, el tercero civil y el agraviado se pongan de acuerdo acerca del monto indemnizatorio y la forma de pago. De no producirse acuerdo, el Fiscal fijará la indemnización y su forma de pago.

La presentación de una transacción no obliga al Fiscal a seguir sus términos. El Fiscal, excepcionalmente y por motivos fundados, podrá modificar la cantidad acordada o modificar los plazos de pago.

La oposición de la víctima a la aplicación del Art.2 del Código no impide que se dicte la resolución de abstención del ejercicio de la acción penal.

7. El Fiscal levantará un acta de las diligencias que realice para aplicar el Art.2 del Código. En ellas debe identificarse a los asistentes y, cuando asisten, 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.

El Fiscal expedirá la resolución que corresponda en el mismo acto o dentro de los tres días de realizada la última diligencia. Dicha resolución se notificará a todos los sujetos procesales que han intervenido en las diligencias y/o a todos aquellos que lo comprenda.

8. La abstención del ejercicio de la acción penal por el Fiscal por razones de falta de necesidad de pena (poena naturalis), del Inc.1 del artículo 2 del Código está condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) El delito cometido, objeto de esta renuncia al ejercicio de la acción penal, puede ser doloso o culposo. De preferencia la abstención del ejercicio de la acción penal estará limitado a los delitos de escasa o relativa gravedad.
- b) Las consecuencias del delito, particularmente relevantes, son aquellas producidas por el propio imputado como consecuencia directa de su conducta. Las consecuencias pueden ser de índole corporal (grave afectación de su salud), económico (importantes perjuicios patrimoniales) o moral (sufrimiento y angustia especialmente relevante). Deben afectar directamente al imputado, es decir, a sus propios bienes jurídicos o al de su entorno familiar más íntimo. No impide la renuncia del ejercicio de la acción, el que, simultáneamente, se produzcan perjuicios a terceros. Lo remarcable es que, en principio y ante todo, la conducta del denunciado o implicado debe haberle ocasionado a él sensibles afectaciones.
- c) Se descartan, 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, los casos de automutilaciones o de utilización de artefactos explosivos a sabiendas de su impericia o del riesgo excepcional que genera su utilización empírica.

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. Se debe considerar que las razones que fundamentan y legitiman la aplicación de la pena, vinculadas tanto a la compensación 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.

9. La abstención del ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de pena) del Inc. 2 del Art. 2 del Código, a criterio del Fiscal, requiere que se tenga en cuenta lo siguiente:

a) Que los delitos en este supuesto, son aquellos que tiene conminado, en su extremo mínimo, dos o menos años de privación de la libertad. 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 prevista otras penas tales como multa, restrictivas de derechos y restrictivas de la libertad, aun cuando se apliquen conjunta o accesoriamente con la pena privativa de libertad.

b) Que 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.

10. 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 Art.46 del Código Penal. Especialmente debe advertir, el modo de comisión del delito, la habitualidad del mismo o por razones similares (Incs.1, 2, 4, 5 y 6 del Art.46 Código Penal), así como el grado de los deberes infringidos, el móvil del delito y los antecedentes o la habitualidad del agente (Incs. 3, 6, 8 y 11 del Art.46 Código Penal). También debe valorar aquellas causas justificativas incompletas, previstas en los Inc.3, 4, 8, 9 y 11 del Artículo 20 concordado con el Art.21 del Código Penal.

Solo si se dan esos supuestos restrictivos, puede calificarse que el interés público en la persecución del delito no afecta gravemente.

11. Los delitos cometidos por funcionarios públicos, siempre que se trate de ilícitos cometidos en el ejercicio de su cargo, cualquiera que fuere la penalidad conminada, están expresamente excluidos de la abstención del ejercicio de la acción penal por escasa lesividad. Estos delitos, entre otros, se circunscriben a las figuras penales de abuso de autoridad, allanamiento ilegal, celebración de matrimonio ilegal, omisión de autorización o impedimento de reunión pública, concusión simple, peculado, corrupción pasiva, etc.
12. La abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad (falta de merecimiento de pena) del Inc.3 del Art.2 del Código Procesal Penal procederá en los siguientes casos, a criterio del Fiscal:
 - a) La culpabilidad será mínima o escasa cuando pueda situarse por 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 existo (Art. 25 del Código Penal).
 - b) La contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria (Art.25 in fine Código Penal).
13. Cuando el Fiscal señale un monto indemnizatorio, puede fijar un plazo para su total cancelación. El plazo no podrá exceder de nueve meses. La decisión que emita el Fiscal condicionará, en su parte resolutive, el archivo definitivo de las actuaciones al pago de la indemnización dentro del plazo fijado.

El incumplimiento de esa condición o de la que se acordó con la víctima y se aprobó por el Fiscal, determinará, previo requerimiento para que el implicado o denunciado cumpla con su obligación, la revocación del auto de abstención

del ejercicio de la acción penal y la formalización inmediata de la denuncia penal.

14. La resolución de abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad puede ser recurrida en queja ante el Fiscal Superior por el implicado o denunciado y el agraviado.

El Fiscal Superior, a través del recurso de queja, controlará que el Fiscal Provincial cumpla estrictamente las instrucciones fijadas en esta Circular.

La resolución del Fiscal Provincial que revoque la abstención del ejercicio de la acción penal puede ser recurrida por el implicado o denunciado. El Fiscal Superior controlará la legalidad de dicha revocatoria dentro de los marcos de la primera resolución.

15. Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa, en cualquier estado del proceso, siempre que se den los supuestos precisados en los puntos anteriores.

También podrá solicitar el sobreseimiento el propio imputado, en cuyo caso el Fiscal emitirá dictamen al respecto, pudiendo requerir, con carácter previo, la actuación de diligencias específicas en orden a la posición de la víctima en la medida que no haya formulado acusación.

El auto de sobreseimiento sólo podrá dictarse en la medida que el Fiscal Provincial haya dictaminado favorablemente, en caso contrario deberá interponer recurso de apelación.

2.2.9 Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N°200-2001-CT-MP

El 20 de abril de 2001 se publica el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad, que resuelve, en calidad de proyecto piloto, la conversión de dos Fiscalías Provinciales de Prevención del Delito de Lima en Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad para el mismo

distrito, sin perjuicio que más adelante pueda acordarse la creación de otras de igual clase en otro Distrito Judiciales.

En cuanto a su naturaleza y ámbito en el artículo 1° se señala “Las Fiscalías Provinciales Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad están encargadas de las acciones destinadas a poner en práctica el referido criterio, en la etapa previa al ejercicio de la acción penal.

Se señala en el Artículo 2° que cuando una Fiscalía Provincial Penal, con ocasión de conocer de una denuncia de parte o documento policial relacionado con la posible comisión delictiva, o durante las investigaciones preliminares llevadas a cabo, considere aplicable el criterio de oportunidad, procederá de inmediato a remitir dichos actuados a las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad, mediante resolución motivada, debiendo previamente constatar que se reúnan las condiciones establecidas en el Artículo 2° del Código Procesal Penal y el presente Reglamento, como también que exista el supuesto prescrito en la Ley, la documentación sustentatoria suficiente y una causa probable de imputación penal.

En el artículo 3° prescribe cuando el Fiscal Provincial de Turno o su Fiscal Adjunto, al tiempo de concurrir a una Delegación Policial, tome conocimiento de un hecho delictivo que pudiera dar lugar a la aplicación del Principio de Oportunidad, podrá, de manera excepcional, actuar de inmediato la diligencia requerida, levantando acta y emitiendo resolución con el consentimiento expreso de los sujetos procesales, siempre y cuando en dicha diligencia se proceda a hacer inmediatamente efectiva la reparación del daño. En el artículo 4° indica que cada Fiscalía Provincial Especializada en la aplicación del Principio de Oportunidad estará a cargo de un Fiscal Provincial, contando con el apoyo de un Fiscal Adjunto

Provincial y personal administrativo teniendo competencia en el Distrito Judicial correspondiente.

Respecto a las atribuciones en el artículo 5° prescribe “Son atribuciones y obligaciones del Fiscal Provincial Especializado en la aplicación del Principio de Oportunidad: a) Velar por la defensa de la legalidad, los derechos y dignidad de las personas actuando correctamente en las acciones y diligencias relacionadas con la aplicación del criterio; b) Requerir el apoyo de la Policía Nacional y otras autoridades para el adecuado desempeño de sus funciones; c) Abstenerse de ejercitar la acción penal mediante resolución motivada, expedida con arreglo al artículo dos del Código Procesal Penal y el presente reglamento; c) Las demás que le sean delegadas.

En cuanto a los Criterios en el artículo 6° se indica “Para la aplicación del Principio de Oportunidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 2° y 3° de este Reglamento, se seguirán las siguientes pautas:

1. El Fiscal Provincial Especializado en la aplicación del Principio de Oportunidad, una vez recibido los actuados, verificará que existan suficientes elementos probatorios de comisión delictiva y de vinculación del implicado o denunciado en su comisión, así como que se presenten los supuestos de falta de merecimiento o falta de necesidad de pena previstos en los incisos 1) al 3) del Artículo 2° del Código Procesal Penal. De preferencia, la abstención del ejercicio de la acción penal estará limitada a los delitos de escasa o relativa gravedad.
2. La abstención del ejercicio de la acción penal por la comisión de los delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de la pena), del inciso 2° del Artículo 2° del Código, a criterio del Fiscal, requiere se tenga en cuenta lo siguiente: a) Que los delitos considerados son aquellos que tienen conminado en su extremo máximo, dos años de privación de libertad; b) Que

se trate de delitos que por su insignificancia o poca frecuencia, no afecten gravemente el interés público; c) Están expresamente excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

3. La abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad, a que se contrae el inciso 3) del Artículo 2° del Código Procesal Penal procederá en los siguientes casos: a) 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 sin éxito; b) La contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria.

En cuanto al procedimiento en el artículo 7° se señala: Citación previa “ Si el Fiscal Provincial Especializado en la aplicación del Principio de Oportunidad lo considera aplicable a un caso específico, y viable el trámite, citará al denunciado o implicado a fin de que concurra a manifestar su propia 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 de diez días calendario.

En caso que el denunciado o implicado, sea en la diligencia a la que fue citado o por escrito presentado con firma legalizada, manifieste estar de acuerdo con la aplicación del Principio de Oportunidad, la Fiscalía Provincial, en el curso de las 48 horas, dispondrá la realización de una Audiencia Única de Conciliación que deberá llevarse a cabo dentro de los siguientes 10 días calendario. A dicha Audiencia serán citados, el denunciado o implicado, el agraviado y el tercero civil si lo hubiera.

La Audiencia Única de Conciliación se llevará a cabo presentándose varios supuestos: a) Si concurren todos los citados, el Fiscal dará inicio a la Audiencia preguntando al agraviado si está de acuerdo con la aplicación del Principio de Oportunidad, no sin antes explicarle los alcances de dicho criterio; b) Si una de las partes, imputado o agraviado, no asiste a la Audiencia Única de Conciliación, el Fiscal Provincial después de consignarlo en el acta respectiva procederá a un segunda y última citación. En la hipótesis de no poder llegarse a un acuerdo entre las partes, hasta la fecha de la segunda citación, dará por cerrado el trámite y devolverá los actuados a la Fiscalía Provincial de origen para los fines de su propósito.

Si ni el imputado ni el agraviado concurren a la Audiencia Única de Conciliación, el Fiscal, con carácter excepcional volverá a citar a esta diligencia por segunda y última vez, cuidando los mismos plazos señalados anteriormente.

Si ambas partes concurren y el agraviado manifiesta su asentimiento con la aplicación del Principio de Oportunidad, el Fiscal procurará que los asistentes se pongan de acuerdo sobre el monto de la reparación que corresponda, la forma de pago, el obligado, y cualquier otro tipo de compensación si así se acordara. En aquel caso acordados todos los extremos, podrá hacerlos suyos, de preferencia, en la resolución pertinente. Por excepción, el Fiscal podrá modificar la cantidad acordada o los plazos de pago, motivando debidamente su resolución, si considera que el monto sería inconveniente para la víctima o que el plazo acordado hará impracticable el pago.

Si ambas partes concurren, pero el agraviado no estuviera de acuerdo con la aplicación del Principio de Oportunidad, el Fiscal Provincial, luego de evaluar en dicha Audiencia Única los motivos que se exponen como sustento al desacuerdo,

emitirá resolución ordenando seguir adelante el trámite o caso contrario darlo por concluido devolviendo los actuados a la Fiscalía Provincial de origen, según considere pertinente. 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.

Si ambas partes concurren y el agraviado estuviere de acuerdo con la aplicación del Principio de Oportunidad, pero no llegaran a concordar en cuanto al 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.

Se prevé efectuar Consultas o apelaciones al 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) obligadas (s), etc. En este caso el Fiscal Superior confirmará o revocará la resolución venida en grado. En caso de revocarla mandará devolver los actuados a la Fiscalía Provincial de origen, para los fines de ley, dando por terminado el procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad.

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 o revocará los extremos materia de apelación. En caso de revocar, fijará el nuevo monto y/o forma de pago, si así correspondiera. Lo resuelto por el Señor Fiscal Superior tendrá carácter definitivo; su resolución es inimpugnable.

El Fiscal Provincial Especializado en la aplicación del Principio de Oportunidad procederá a devolver los actuados al Fiscal Provincial en lo Penal de origen, para que proceda conforme a sus atribuciones, en los siguientes casos:

Cuando en su concepto los hechos no corresponden a ninguno de los supuestos previstos en los incisos 1) al 3) del Artículo 2 del Código Procesal Penal.

Cuando dentro de los primeros dieciocho días calendario de recibidos los actuados, no se hubiera logrado recabar la previa aceptación del denunciado o implicado para la aplicación de dicho criterio.

Cuando luego de notificados para la Audiencia Única de Conciliación, esta diligencia no se hubiera llevado a cabo en primera ni en segunda citación.

En cuanto a la forma y oportunidad de la reparación. Siempre que se fije el pago de una reparación, el Fiscal deberá fijar el plazo para su cancelación, cuidando que de preferencia ésta sea pagada al contado, en una sola armada y a más tardar dentro de los 15 días calendarios siguientes al Acuerdo. Sólo en caso en que la reparación acordada exceda a tres unidades impositivas tributarias, el Fiscal podrá autorizar que sea pagada fraccionadamente, cuidándose que quede totalmente cancelada en un plazo no mayor a 6 meses. El obligado quedará automáticamente notificado en el acto mismo de la Audiencia Única de Conciliación, si hubiera asistido.

El pago de la reparación deberá efectuarse consignando la(s) sumas(s) a disposición de la Fiscalía Especializada en Principio de Oportunidad, en una cuenta que el Ministerio Público habilitará a tal efecto, debiendo la persona obligada acreditar oportunamente su cumplimiento.

Si el obligado dejase pasar más de quince días sin hacer efectiva la reparación mandada a pagar en una sola armada, o si se retrasase más de tres días en el abono de alguna de las cuotas fraccionada, el Fiscal Provincial procederá a notificarlo conminándolo por única vez a cumplir su obligación en los siguientes tres días.

El Fiscal Provincial Especializado en la aplicación del Principio de Oportunidad, procederá 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, cuando luego de la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 16 no se hubiese cancelado la obligación dentro del plazo previsto.

El archivo definitivo de los actuados, sólo será llevado a cabo luego del pago total de la reparación dentro del plazo fijado.

Se establece una relación de delitos que, de manera orientadora, servirán para aplicar el Principio de Oportunidad:

- . 122° (lesiones graves)
- . 124° (lesiones culposas leves y graves)
- . 127° (omisión de auxilio o abstención de aviso a la autoridad)
- . 139 primer párrafo (bigamia simple)
- . 140° (matrimonio ilegal y doloso de persona libre)
- . 143° (alteración o supresión del estado civil)
- . 146° (móvil de honor)
- . 147° (pariente que sustrae o no entrega a menor)
- . 148° (inducción a la fuga de menor)
- . 149° primer párrafo (incumplimiento de prestación de alimentos)
- . 150° (abandono de mujer embarazada)

- . 151° (coacción)
- . 154° primer párrafo (violación de la intimidad personal o familiar)
- . 156° (revelación de aspectos de la intimidad personal o familiar)
- . 159° (violación de domicilio)
- . 161° (violación de correspondencia)
- . 162° primer párrafo (interceptación o escucha telefónica simple)
- . 163° (supresión o extravío de correspondencia)
- . 164° (publicación indebida de correspondencia)
- . 165° (violación del secreto profesional)
- . 168° (coacción laboral e incumplimiento de resoluciones)
- . 175° (seducción)
- . 185° (hurto simple)
- . 187° (hurto de uso)
- . 189° A primer párrafo (hurto simple de ganado)
- . 189° B (hurto de uso momentáneo de ganado)
- . 191° (sustracción de bien propio o hurto impropio)
- . 192° (apropiación de bien perdido o ajeno)
- . 193° (venta o apropiación ilegal de la prenda)
- . 194° (receptación)
- . 199° (contabilidad paralela indebida)
- . 203° (usurpación de aguas)
- . 205° (daño simple)
- . 207° (daño del producto para consumo animal)
- . 210° (quiebra culposa simple)
- . 214° (usura simple)
- . 215° (libramiento indebido)
- . 216° (publicación de obra ajena con alteraciones)
- . 238° (publicidad engañosa)
- . 239° (fraude económico)

- . 240° (aprovechamiento de reputación industrial o comercial ajeno)
- . 242° (infracción a información económica, industrial o mercantil)
- . 251° (fraude de crédito promocional)
- . 253° segundo párrafo (alteración aminorada de billetes o monedas)
- . 254° segundo párrafo (circulación individual de moneda falsificada)
- . 256° (daño, reproducción o distribución de billetes o monedas)
- . 402° (denuncia calumniosa)
- . 403° (ocultamiento de menor a investigación judicial)
- . 407° primer párrafo (omisión simple de comunica comisión de delito)
- . 409° (rectificación de falsa declaración en proceso judicial)
- . 412° (expedición de pruebas o informes falsos por terceros)
- . 417° (ejercicio arbitrario de derecho)
- . 421° (patrocinio infiel de abogado o mandato judicial)
- . 431° primer y tercer párrafo (expedición y uso simple de certificado médico)
- . 434° segundo párrafo (uso fraudulento de sellos y timbres)
- . 435° (fabricación o falsificación de marcas, contraseñas oficiales)

El presente listado puede ser tomado encuentra por los señores Fiscales a efectos de determinar los casos en que pudiere ser procedente la aplicación del Principio de Oportunidad. No obstante, independientemente de la enumeración señalada, su decisión debe responder a la particularidad de cada caso.

No procede la aplicación del criterio de Oportunidad, en los casos de concurso ideal o real de delitos, cuando concurran ilícitos penales respecto de los cuales no sean aplicables el mencionado principio.

2.2.10 Resolución N° 651-2001-FN-MP

Mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 651-2001-MP-FN de 19 de julio de 2001 se modifica artículo 12 y 13 del Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad.

Se señala que siempre que se fije el pago de la reparación, el Fiscal deberá fijar el plazo para su cancelación, cuidando que de preferencia ésta sea pagada al contado, en una sola armada y a más tardar dentro de los 30 días calendarios siguientes al Acuerdo. Solo en caso en que la reparación acordada exceda a tres unidades impositivas tributarias, el Fiscal podrá autorizar que sea pagada fraccionadamente, cuidándose que quede totalmente cancelada en un plazo no mayor a 6 meses. El obligado quedará automáticamente notificado en el acto mismo de la Audiencia Única de Conciliación, si hubiera asistido.

Se precisa que el Ministerio Público está facultado para concurrir a la Audiencia Única de Conciliación ante las Fiscalías Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad en el caso de delitos en agravio de la Sociedad.

Se indica también que mientras no se cuenta con un mayor criterio reglado, en tales casos el dinero pagado por concepto de indemnización constituirá ingresos del Tesoro Público, debiendo ser consignado por el obligado a la orden de la Fiscalía Provincial Especializado en la Aplicación del Principio de Oportunidad, la que a su vez lo endosará a la Gerencia General con la indicación que canalice su importe al Tesoro Público de acuerdo a normas de Tesorería y Presupuesto.

2.2.11 Resolución de Fiscalía de la Nación N° 2508-2013-MP-FN

El 30 de agosto de 2013 se modifica a través de dicha norma el “Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad” aprobado por Resolución de la Fiscalía de

la Nación N° 1470-2005-MP-FC incorporándose para la aplicación del Principio de Oportunidad aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N°1470-2005-MP-FN, el Anexo 01 “TABLA DE REFERENCIA PARA LA REPARACIÓN CIVIL POR CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD”

Se resuelve además modificar el numeral 6° del artículo 12° así como el artículo 22° y la Tercera Disposición Final del “Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad” aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005-MP-FN.

Se señala que la Audiencia Única de Conciliación deberá llevarse a cabo bajo el siguiente procedimiento: a) 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 lo fijará.

En los casos de conducción en estado de ebriedad, además de lo previsto en los artículos 45° y 46° del Código Penal, en lo que corresponda, deberá tener en cuenta la TABLA DE REFERENCIA PARA LA REPARACIÓN CIVIL POR CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD, prevista en el Anexo 01 del presente Reglamento; b) Si una de las partes no estuvieron de acuerdo con el monto de la reparación o con uno de sus extremos, en este acto, podrá interponer Recurso de Apelación contra el extremo que estuviere en desacuerdo, debiéndose en este caso, elevar los actuados a la Fiscalía Superior Penal de Turno para su resolución final.

Se añade también que las Fiscalías Provinciales de Lima, remitirán para su custodia en forma semanal, los Certificados emitidos por las consignaciones a la Gerencia de Tesorería de la Gerencia Central de Finanzas del Ministerio Público.

En el caso de los demás Distritos Fiscales, los Certificados serán remitidos, en el mismo plazo, al Administrador o Gerente Administrativo, según sea el caso, debiendo este remitirlos a la Gerencia de Tesorería de la Gerencia Central de Finanzas del Ministerio Público”.

De ser necesario, para la aplicación del presente Reglamento, los Fiscales Provinciales podrán solicitar la Consulta respectiva al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores, quien las absolverá. Las Junta de Fiscales Superiores procurará establecer un criterio uniforme respecto de la aplicación del presente Reglamento en las oportunidades que sesione. De igual manera procederá la Junta de Fiscales Provinciales”.

Anexo 1

Tabla de referencia para fijar reparación civil por conducción en estado de ebriedad

<p><u>1er. Período: 0.25 a 0.5 g/l: SUBCLÍNICO</u></p> <p>No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa*.</p>
<p><u>2do. Período: 0.5 a 1.5 g/l: EBRIEDAD</u></p> <p>Euforia, verbosidad y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad en mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual.</p>

3er. Período: .1.5 a 2.5 g/l: EBRIEDAD ABSOLUTA

Excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control.

4to. Período: 2.5 a 3.5 g/l: GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA

Estupor, coma apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres.

5to. Período: Niveles mayores de 3.5 g/l: COMA

Hay riesgo de muerte por el coma y el paro respiratorio con afección neumológica, bradicardia con vaso dilatación periférica y afección intestinal.

1.3 MARCO TEÓRICO

LA ACCIÓN PENAL E INSTITUCIONES DE SOLUCIÓN TEMPRANA

1.1 La Acción Penal

3.1.1 Definición

La acción penal viene a ser un poder jurídico público y está reconocido en el artículo 1° del Código Procesal Penal de 2,004 (en adelante CPP) que impone el derecho

constitucional y su ejercicio está regulado por el derecho procesal y que se ejercita por el Ministerio Público o del agraviado por el delito, quien pone en conocimiento al juez la incoación de la investigación preparatoria o una noticia criminal , a partir del cual este, (i) o registra la inculpación y nace la posibilidad de control jurisdiccional preventiva o de garantía, (ii) o dicta una resolución motivada y fundada sobre su admisión o sobre la finalización del proceso penal (SAN MARTIN 2015 : 255)

3.1.2 Modalidades de su ejercicio

El ejercicio de la acción penal puede identificarse de tres formas: el ejercicio público, privado y semipúblico.

El ejercicio público de la acción penal lo tiene el Ministerio Público en los delitos públicos. Su ejercicio es de oficio, esto es, motu proprio, o a instancia del afectado por el delito o cualquier otra persona mediante acción popular. Luego de las investigaciones por el Ministerio Publico se evidencia este ejercicio cuando el Fiscal penal emite la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

El ejercicio de la acción es privada, absoluta o exclusiva, en los delitos privados y se ejerce mediante querrela. En estos delitos el ofendido es el titular del bien o interés tutelado por la norma penal infringida, por el sujeto pasivo del delito – el perjudicado, en cambio, es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos nocivos de la acción delictuosa, convirtiéndose en acreedor o titular de la pretensión civil de resarcimiento (SAN MARTIN 2015 :258).

El ejercicio semi-público, surge de los delitos semi-públicos, y es cuando el ofendido tiene la posibilidad de impulsar o promover el ejercicio de la acción penal, pero no goza de la disponibilidad de la pretensión penal –como en la acción privada-, por

cuanto una vez iniciado, el Ministerio Público está legitimado para sostenerla, esto es, el ofendido no tiene propiamente el ejercicio de la acción penal, sino una facultad pre-procesal, anterior al proceso, solo para provocar el ejercicio de la acción penal.

3.1.3 Principios

La acción penal está guiada básicamente por tres principios: oficialidad, irrenunciabilidad y legalidad.

El principio de oficialidad, responde a la pregunta ¿Quién persigue el delito? En ese sentido es el Ministerio Público quien tiene esa facultad de manera exclusiva y excluyente, salvo dos excepciones: cuando se trata de delitos semipúblicos, los cometidos por altos dignatarios y los delitos privados (SAN MARTÍN 2015 : 259).

El principio de oficialidad expresa la idea de persecución penal pública de los delitos, esto es, la noción de que estos pueden y deben ser perseguidos por el Estado de oficio, sin considerar la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona. Dicho principio está asociado a la idea de monopolio estatal en el ejercicio de la acción penal. Su antítesis teórica, el principio dispositivo, expresa a este respecto que la persecución solo puede iniciarse a petición de parte (LÓPEZ MASLE 2012 : 37).

En nuestro caso, el principio de oficialidad se encuentra previsto en el artículo 11 de la LOMP que indica: El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley la concede expresamente". Por su parte el artículo 1° CPP2004 establece "La acción penal es pública. 1. Se ejercita en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular".

Del texto de dichas normas se aprecia la consagración del principio de oficialidad como regla general, al igual que en el sistema del Código de Procedimientos Penales, con la precisión que es el Ministerio Público en exclusividad la que ejercita la acción penal pública excluyendo dichas facultades a los órganos jurisdiccionales.

El principio de investigación oficial o principio de investigación supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa (instruye por sí mismo) y, en ello no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes en el proceso. Su antítesis es el principio de aportación de partes, que supone que la carga de la prueba y la iniciativa de los actos de producción de prueba recaen en las partes sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella.

El principio de irrenunciabilidad responde a la pregunta ¿es posible poner fin anticipadamente a la acción penal?. Este principio supone una vez promovida la acción penal, debe continuar necesariamente hasta alcanzar su fin por los medios procesales establecidos, sin la posibilidad de hacerlo cesar anticipadamente por vías alternas. Actualmente este principio se ha flexibilizado, por cuanto en virtud del principio acusatorio, el fiscal puede proponer concluir anticipadamente la causa penal, o aplicar criterios de oportunidad.

El principio de legalidad u obligatoriedad, que responde a la pregunta ¿bajo qué regulaciones se produce la persecución del delito?, implica que la Fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal por todo hecho que reviste características de delito, siempre que existan concretos indicios de un hecho punible.

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 suspender, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio; mientras que el principio de oportunidad implica que el Ministerio Público ante la noticia de un hecho

punible o, inclusive, ante la existencia de pruebas completas de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones políticos criminales (LÓPEZ MASLE 2012 : 41). Precisamente estos últimos principios al estar vinculados a nuestra temática de investigación, será materia de mayor análisis.

3.1.4 Principio de Legalidad Procesal

3.1.4.1 Antecedentes

La doctrina informa que a pesar de que en la actualidad nos parece un principio “natural”, el principio de la persecución penal pública, en términos históricos, es relativamente joven en el sistema jurídico europeo-continental y mucho más joven aun en el sistema anglosajón (en el cual recién aparece en el siglo XVII). En el ámbito de Europa continental, el sistema de persecución oficial de aquellos hechos considerados delictivos surge recién en el siglo XIII, acompañando el movimiento de concentración de poder político que terminaría en la formación y consolidación de los estados nacionales en su primera formación, esto es, el Estado absoluto (BOVINO 1996 : 159).

El origen histórico y político del principio de legalidad se encuentra en la Revolución francesa, donde triunfa el movimiento ilustrado y liberal, frente al absolutismo. Los nuevos ideales pregonaban la necesidad de sustituir la voluntad individual del soberano o del Juez, por la del Poder Legislativo, con reconocida legitimidad popular y vinculación de los poderes a la ley.

Estos ideales, dice Giacomolli, tiene sus raíces en la idea de una razón que armonice a todas las personas, en la exclusión de la arbitrariedad estatal, en la inviolabilidad de toda persona respecto a la libertad, y en la exigencia de dar seguridad y certeza

al derecho. La filosofía era que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos (GIACOMOLLI 2012 : 21).

Su materialización legal se encuentra en la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, así como en la Constitución americana de 1774, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, entre otros instrumentos internacionales.

Actualmente y luego de la Segunda Guerra Mundial, dicho principio se encuentra incorporado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ya en el siglo XIX este principio estaba incorporado en todos los Códigos penales de los países civilizados.

3.1.4.2 Definición

En opinión generalizable se 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 –también a los funcionarios de la policía- por vía del principio, el deber de promover la persecución penal (promoción necesaria) ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. De allí que, una vez promovida la persecución penal, ella no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal –irretractabilidad (MAIER 2002 : 828).

El principio de legalidad significa 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.

En sede nacional se señala que el principio de legalidad procesal garantiza, a toda persona, el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos por ley, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, que sea sometida a procedimientos distintos o, que sea juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales (ORE 2011 : 93).

Giacomolli por su parte sostiene que para identificar la esencia de dicho principio no basta con incorporar al sistema jurídico normas legales escritas, claras y precisas (concepción formal), con el cual se da seguridad al ordenamiento jurídico, sino que -añade- se constituye en una garantía y protección a los justiciables frente a la potestad punitiva. Así, los ciudadanos pueden saber de antemano, no solo qué acción u omisión está prohibida, cuál es la sanción y cuáles son los límites establecidos en caso de infracción del precepto, sino principalmente que el acusador y juzgador no podrán, *spontesuum*, determinar cuáles son los hechos que constituyen una infracción criminal y tampoco se les permite la aplicación de una sanción criminal, o de una medida de seguridad que no está prevista en una norma penal emanada de la soberanía popular (GIACOMOLLI 2012 :26).

3.1.4.3 Alcances

El principio de legalidad no se reduce únicamente a la configuración de tipos penales mediante la ley; de hecho, además de ser una garantía criminal representa una garantía penal, pues establece con anterioridad al potencial riesgo de su aplicación, la sanción específica a imponerse tras la comisión de un ilícito penal; una garantía procesal, al configurar el procedimiento penal previo; y, finalmente,

una garantía de ejecución al regular el modo cómo se cumplirá con la sanción impuesta. Siguiendo a Gómez Orbaneja podemos afirmar que el principio de legalidad del derecho sustantivo (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), corresponde la legalidad del proceso: no hay proceso sin ley; el proceso es una regulación legal (ORÉ 2011 : 92).

Los alcances de este principio a partir de su concepto resulta entonces de la suma de dos principios menores, como son el principio de promoción necesaria (deber de promover) y el principio de irrevocabilidad (prohibición de suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución ya iniciada (LÓPEZ MASLE y HORVITZ LENNON 2002 : 46).

Es decir, podemos concluir que este principio es un complemento imprescindible del sistema de acusación oficial y significa que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a ley (SAN MARTIN 2006 : 314).

3.1.4.4 Fundamentos

De inicio, debemos señalar que este principio viene a conformar uno de los contenidos esenciales del Derecho Penal con el brocardo "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", es decir sino hay una ley que haya declarado previamente punible un hecho no puede imponerse una pena; y también desde el Derecho Procesal Penal encuentra su ubicación con el denominado "*deber o oficialidad de la persecución penal*" con el cual las autoridades, en este caso los fiscales, están obligados a instar el ejercicio público de la acción penal frente a todo hecho punible. Es, sobre este último contenido el que hurgaremos sus fundamentos que la sustentan.

a) *La vigencia del principio de legalidad halla su fundamento en la división de poderes del Estado; incumbiendo al legislador el establecimiento de las conductas criminales y de sus respectivas sanciones, y no al Poder Ejecutivo ni al Judicial, en atención a que en un Estado de Derecho, con división de poderes, según Habermas, extrae su legitimidad en una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales, o sea, en el Derecho positivo, por cuanto la legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del Derecho (GIACOMOLLI 2012 : 28). A esto debemos añadir también el principio de igualdad ante la ley (Constitución peruana de 1993, artículo 2, inciso 2), con el cual se cumpliría con la función de que sea la ley (el legislador), y no la decisión particular de los órganos (funcionarios) de la persecución penal, quien determine, en los casos concretos, cuándo una persona debe ser sometida a una pena o viceversa, que en términos concretos, impediría cualquier grado de discrecionalidad en la promoción de la acción penal pública.*

Para dar respuesta a este fundamento debemos señalar primero que este principio de división de poderes, no se concretiza en nuestra realidad por los propios titulares de emitir las leyes, y una fácil demostración de lo que afirmamos es cuando verificamos que las normas legales más importantes de nuestro país, como son el Código Penal, Código Civil, Código Procesal Civil y ahora último el Código Procesal Penal han sido dados en el seno del Poder Ejecutivo a través de la delegación de facultades legislativas dados por el Congreso de la República a favor del Ejecutivo; más aún, tampoco el legislativo ejerció control constitucional posterior de dichas normas, por lo que este fundamento a la luz de las funciones contemporáneas de los poderes del Estado no se ajustan a la realidad.

Por otro lado, desde el Derecho Penal nos recuerdan que el sistema penal que es el conjunto de agencias y sus actividades, está conformado por la criminalización primaria y secundaria. El primero viene a ser el poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas. 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. Aquí intervienen las agencias políticas, en especial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. El segundo, la criminalidad 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 (VILLAVICENCIO 2006 : 11). Por tanto, luego de creada el dispositivo legal, las agencias que se encargan de su aplicación, no lo hacen en forma automática el cual confrontaría con ese viejo brocardo “ *jueces son mera boca de la ley*”- sino que hoy acuden bajo los principios constitucionales y legales a la interpretación donde se evidencia un nivel de discrecionalidad en cuanto, por lo menos, para elegir los métodos o criterios de interpretación a partir del caso en concreto, con lo cual se vacía de contenido el fundamento de separación de poderes del Estado al limitar su actuación al primer nivel de criminalización.

Por último, de considerarse correcto que el programa político criminal del Estado debe ser solo a través del órgano legislativo, no se condice sin embargo con las otras actividades del Estado donde en su implementación si se deja márgenes de discrecionalidad a los órganos encargados de su aplicación (BOVINO 1996 :161).

b) *El principio de legalidad procesal encuentra su fundamento en las teorías absolutas de la pena; alumbrado por el filósofo Immanuel Kant (1724-1804) en su obra la Metafísica de las costumbre, que considera que la pena retribuye el*

comportamiento delictivo, y no desempeña ninguna misión social, porque el hombre nunca puede ser manejado como medida para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; la ley penal es un imperativo categórico: solo imponiéndose la pena en su justa medida, se puede alcanzar la Justicia: si perece la Justicia, carece de valor que vivan hombres sobre la tierra.

No obstante, tal como afirma un insigne penalista estas teorías sin ningún fin social son insostenibles actualmente porque confunden el medio con el fin (la retribución no es nunca un fin de la pena, sino en todo caso un ineludible componente de la misma) y, además, porque justifican la pena de manera aislada de la Sociedad, siendo así que la pena es un instrumento estatal de un subsistema social al servicio del bienestar general (POLAINO 2008 : 64);o tal como sentencia Bovino la pena sin ningún fin social confronta con el Estado de Derecho, tanto más cuando con el ingresos de la teorías utilitarias o de prevención dicho principio de legalidad pierde todo sentido ideológico.

- c) *Existe la creencia de que resulta posible, prácticamente guiar a los órganos de persecución para que ellos apliquen el Derecho Penal de forma igualitaria y en todos los casos. Como se aprecia, su desprestigio del principio de legalidad procesal no se encuentra solo en su fundamento teórico, sino en sus implicancias prácticas. Es una realidad, la hipertrofia del derecho penal sustantivo, el cual unida a la incapacidad inherente de todo sistema procesal penal para perseguir la totalidad de los delitos que se cometen en una sociedad determinada, han provocado que la aplicación estricta del principio de legalidad, impida la existencia de un adecuado sistema de selección formal de los casos que son procesados por el sistema, generándose, por el contrario, sistemas de selección natural o informal que redundan, generalmente, en un direccionamiento de la persecución penal hacia los sectores socialmente más desprotegidos, esto es, curiosamente un principio que encuentra su fundamento teórico en el principio*

de igualdad resulta, en definitiva, creador de profundas desigualdades en su aplicación práctica.

1.2 Instituciones de solución temprana de imputaciones penales

3.2.1 Generalidades

El modelo de proceso penal en una lógica de racionalidad y de negociación acogido por el Código Procesal Penal prevé diversos mecanismos procesales para obtener una solución rápida y efectiva del conflicto jurídico penal derivado de la comisión de un delito, pudiendo aceptarse la siguiente clasificación: 1) Por decisión del Fiscal: proceso inmediato y acusación directa. 2) Por decisión del imputado y la víctima: principio de oportunidad y acuerdos reparatorios. 3) Por acuerdo del Fiscal y el imputado: terminación anticipada, colaboración eficaz y conclusión anticipada.

3.2.2 Proceso Inmediato

a) Definición

El proceso inmediato es un proceso especial que se realiza cuando concurre una circunstancia extraordinaria como es la aparición de la evidencia delictiva que permitiría la conversión de un procedimiento común a uno inmediato, evitando así las fases de investigación preparatoria e intermedia. Puede ser definido como aquel proceso especial que, en aras de la celeridad de los procesos penales, pasa directamente de la fase de diligencias preliminares al juicio oral, obviando llevar a cabo las etapas de investigación preparatoria propiamente dicha y la intermedia de un proceso común (NEYRA 2010 : 430).

b) Supuestos de procedencia:

b.1 Por Flagrancia delictiva, en sus diversas modalidades prevista en el artículo 259 inciso 2;

El proceso inmediato procede en casos de flagrancia en el delito. En tal sentido, el artículo 259° del CPP precisa que existe flagrancia cuando: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible. 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivo o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro horas de producido el hecho punible. 4. El agente es encontrado dentro de la 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedente de aquel o que hubieron sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 afirma que a través de la Ley N° 29596 (que modificó el artículo 259 del CPP), se amplió excesivamente la relación entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado, lo que afectó a la inmediatez temporal y personal, omitiendo pronunciarse si procede su aplicación obligatoria del proceso inmediato en los supuestos de cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia, mas sí procede en cuando estamos ante la flagrancia con las características de inmediatez temporal y personal previstos en los incisos 1 y 2 del 259° del CPP.

b.2 Por Confesión del imputado. Procede el proceso inmediato cuando existe confesión. El artículo 160 del CPP señala que la confesión consiste en la

admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra. Solo tendrá valor probatorio, cuando: a) Esté debidamente corroborada por otro u otros medios de convicción; b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y, d) Sea sincera y espontánea.

El AP excluye del proceso inmediato a la confesión calificada, cuando el imputado incluya en su relato circunstancias que tiende a eximir o atenuar de responsabilidad penal; sólo procederá cuando exista confesión simple. Es de resaltar además que deben existir actos de investigación adicionales que corroboren el relato del imputado.

b.3 Cuando se tenga elementos de convicción evidentes, previo interrogatorio del imputado;

El artículo 446 literal “c” indica que Fiscal debe solicitar proceso inmediato bajo responsabilidad, cuando: los elementos de convicción acumulados durante la investigación preliminar y previo interrogatorio del imputado, sea evidente.

b.4 Casos de Omisión a la Asistencia Familiar;

b.5 Casos de conducción en estado de ebriedad.

Así como el inciso 4º: Independientemente de los señalado en los numerales anteriores, el Fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato en los casos de delito de Omisión de Asistencia Familiar y Conducción en estado de ebriedad”.

Ante la literalidad de la ley que ha dado lugar a que muchos fiscales se veían en la imperiosa necesidad de incoar proceso inmediato en razón que la ley decía “bajo responsabilidad” o utiliza el verbo “debe”, el referido AP se encargó de precisar que los actos iniciales de investigación deben de reflejar, sin el

menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o confesión – en tanto supuestos propios de evidencia delictiva-las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado.

La aplicación de esta nueva normativa generó una serie de problemas en la práctica, incluso se llegó a decisiones judiciales que distan mucho de ser justas, sobre todo en relación con delitos graves, o en casos en los que era necesario evaluar con más detenimiento el caso concreto y realizar más actos de investigación. Y, esto por que como señala la doctrina, el proceso inmediato es excepcional, no es una regla, ni debe utilizarse en todos los casos, y esto porque está vinculada con la celeridad procesal que muchas veces puede implicar supresión o disminución de ciertas garantías procesales (HERRERA 2016 : 98)

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 se ha encargado de precisar conceptos e interpretaciones que desnaturalizaban los presupuestos de evidencia y celeridad procesal para su procedencia.

En tal sentido, la obligatoriedad de su incoación que surgía aparentemente con el término “debe”; el AP señala que está condicionada a que concurran los dos presupuestos básicos, esto es, evidencia delictiva suficiente y ausencia de complejidad.

Añade que la evidencia delictiva no solo debe ser suficiente, sino debe aprobar un test de credibilidad o razonabilidad, que implique por ejemplo que la

defensa cuestione con elementos probatorios los actos de investigación, con el cuál al no superar dicho test, no será posible juzgar un caso de modo célere.

3.2.3 Acusación directa

La otra institución que busca una solución temprana de imputaciones penales es la acusación directa prevista en el artículo 336.4 del CPP que señala “El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación”.

La doctrina afirma que si el fiscal considera -luego de actuada las diligencias preliminares- que existen suficientes elementos de la realidad de comisión del delito y de la intervención del imputado en su comisión, podrán formular acusación de manera directa (SAN MARTÍN 2015 : 315).

El Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116 que trata sobre la Acusación directa y el Proceso Inmediato, indica que la acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formalizada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento previstos en el artículo 348° NCPP.

La acusación directa posibilita que una vez culminada las diligencias preliminares resulta suficiente las evidencias con lo cual antes de formalizar la investigación preparatoria se pueda formular acusación directa, con lo que cabría no conocer los cargos de imputación al no existir disposición fiscal de formalización; frente a este escollo, dicho Acuerdo Plenario indica que la acusación directa debe contar los mismos elementos de la formalización de la investigación preparatoria a fin de garantizar el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción, tanto más cuando el requerimiento acusatorio tiene como funciones: (i) individualizar al imputado y señalar los datos que sirven para identificarlo; (ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; (iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (vi) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (v) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

De esta forma, los derechos de las partes procesales están salvaguardo con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Al imputado se le posibilita observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere a producirse en el juzgamiento.

En cuanto a la víctima que no ha podido constituirse en actor civil podrá solicitar al juzgado de investigación preparatoria y dentro de los 10 días plantear cualquier cuestión que prepare mejor el juicio, asimismo, objetar la

reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer medios de prueba.

Por último, el Fiscal indicará la medida de coerción subsistente dictada durante la investigación preparatoria, y en su caso podrá solicitar su variación, entre ellas de forma excepcional la prisión preventiva.

3.2.4 Terminación Anticipada

a) Definición

La terminación anticipada es un proceso especial en virtud del cual el imputado y el fiscal solicitan al juez de la investigación preparatoria que, tras el reconocimiento de la responsabilidad penal por el delito, imponga la pena prevista en el Código Penal reducida en una sexta parte (DOIG 2006 : 106).

Se encuentra previsto en el artículo 468° al 471 del CPP como uno de los procesos especiales, el cual constituye el exponente máximo de la justicia negociada (DOIG 206 : 107)

b) Ámbito de aplicación

Este proceso especial puede aplicarse a cualquier delito. No ésta sujeto a límite de ninguna naturaleza en función a las características personales del imputado o de las otras partes.

Es un mecanismo que tiene por objeto aligerar el curso del proceso gracias a la limitación de la etapa de investigación preparatoria y a la supresión de las etapas intermedia y del juicio oral. Su finalidad funcional es reducir los

tiempos de la causa, cuyo presupuesto es el acuerdo de las partes sobre procedimiento y pena, todo ello en función a la exigencia de actos de investigación, por lo menos, en sede de diligencias preliminares, sin que se requiera pruebas plenarias para la formación de la convicción judicial. El efecto del procedimiento no solo es evitar dos etapas procesales, en especial el juicio oral, sino su lógica premial, porque concede al imputado una rebaja de pena si la causa culmina por esa vía (SAN MARTÍN 2015 : 825)

d) Oportunidad

Se puede instar la terminación anticipada después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria hasta antes de formalizar acusación fiscal.

Un sector de la judicatura nacional, aplicaba este proceso especial incluso en la etapa intermedia recurriendo a una interpretación del artículo 350°.1 “e” CPP que se señala que se puede instar criterios de oportunidad.

Frente a esta interpretación se emitió el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 que enfatiza que la terminación anticipada es una expresión de la justicia negociada y al constituir un proceso especial con reglas propias, no es posible derivarlo a la audiencia de control de acusación que se rige por el principio de contradicción, por lo que reitera que es posible sólo aplicar hasta antes de la acusación fiscal.

e) Beneficio premial

El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al

que reciba por confesión, en tanto ésta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.

La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, en cuyo caso sólo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.

La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actué por encargo de ella.

3.2.5 Colaboración Eficaz

a) Definición

Emilio Resta indica que es un mecanismo de la justicia penal negociada, incardinada en el Derecho Penal Premial, descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen, y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden de neutralizar una actividad delictiva, identificar las lógicas de actuación criminal de una organización delictiva ya sus intervinientes, y/o entregar bienes delictivos o ubicar su destino o paradero (SAN MARTIN 2015 :871).

Se encuentra previsto en el artículo 472° y 481°-A CPP que exige para su configuración, el reconocimiento y abandono de sus actividades ilícitas del sindicado y, por otro lado, debe proporcionar información relevante, suficiente, eficaz e importante.

b) Ámbito de aplicación

Este proceso está destinado su aplicación para delitos graves o los cometidos por integrantes de una organización criminal y por delitos realizados en concierto por pluralidad de personas.

Un primer bloque de delitos es, la asociación ilícita para delinquir, terrorismo, lavado de activos y delitos contra la humanidad. Un segundo sector de ilícitos, es el delito de secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas; y uno tercero, conformado por los delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros, contra la fe pública y contra el orden migratorio.

Para ser aceptado como colaborador, la información que se brinda debe permitir, alternativa o acumulativamente, evitar la continuidad o consumación del delito, disminuir sustancialmente sus consecuencias, impedir futuras acciones delictivas de la organización delictiva, conocer el modus operandi de la comisión delictiva o de la actuación y organización de una asociación delictiva; identificar a sus integrantes y permitir su desarticulación y captura de sus miembros, entrega de documentos, efectos delictivos, ganancias ilícitas y bienes delictivos, o identificar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva.

c) Beneficios premiales

En función del grado de eficacia o importancia de la colaboración y en función de la gravedad del delito, puede hacer beneficiario de una exención (perdón) de pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal,

suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional o remisión de la pena que está cumpliendo.

d) Condiciones

El beneficio premial está condicionado a que el sindicado no reincida en el delito dentro de los 10 años de otorgado el beneficio; se impone obligaciones; asistencia a proceso objeto de la causa; y caución en el caso de obligaciones

e) Exclusión del beneficio

Los jefes, cabecillas y dirigentes de organizaciones criminales no podían acogerse a este proceso especial, actualmente con la reforma mediante Decreto Legislativo 1301 que modifica el artículo 475, inciso 6 de Código Procesal Penal que señala que los jefes, cabecillas, o dirigentes principales de organizaciones delictivas y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio por disminución de la pena o suspensión de su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico.

3.2.6 Conclusión Anticipada

Otro de los mecanismos alternativos de solución al conflicto penal aplicado en la etapa de juzgamiento es la negociación y conformidad del acusado con los términos de la acusación del Ministerio Público, el cual opera en la fase inicial de la audiencia del juicio oral.

a) Definición

La conclusión anticipada o también denominada conformidad es esencialmente un acto unilateral del acusado, asistido de su abogado, por el cual se produce un aquietamiento con la petición del Fiscal. Se encuentra dentro del principio del consenso (SAN MARTÍN 2006 :678)

Su origen se encuentra en el enjuiciamiento criminal inglés que reconoce la posibilidad al acusado de declararse culpable (pleaguity) o inocente (notguilty), de modo que si se confiesa culpable no es preciso constituir Jurado ni celebrar el juicio, siendo sentenciado en base a su propia confesión (ownconfession).

En nuestro medio, la conclusión anticipada del juicio está previsto en el artículo 244° del Código de Procedimientos Penales y 372° del CPP que con más precisión indica que el juez después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.

Si la aceptación de los hechos es de todos los imputados estamos ante la conformidad *total* o *propia*, pero si es sólo de algunos acusados se denomina *parcial* o *impropia*; pero si el acuerdo comprende tanto la pretensión penal y civil se denomina *absoluta*, y si solo es de la pretensión penal se conoce como *limitada*.

Otra peculiaridad de ésta institución procesal es que se produce dentro del trámite del proceso común -en el nuevo modelo- o del juicio ordinario -en términos del añejo código adjetivo- y la sentencia, denominada de conformidad, recogerá los términos del acuerdo adoptado tanto por el Fiscal como por el acusado; no obstante el Juez tiene facultades de no

aprobar dicho consenso, si considera que no está debidamente probados y dispondrá la continuación de la audiencia, o no estar de acuerdo con la calificación jurídica, lo que le permitirá modificar el título de imputación; y, en cuanto a la sanción si la pena acordada es menor a la legalmente prevista, el juez puede disponer la continuación del juicio donde se definirá una pena más grave, pero si la pena acordada es mayor a la prevista en la ley, el juez puede imponer directamente una pena menor.

1.3 Los Criterios de Oportunidad

Por último, se encuentran las denominadas Criterios de Oportunidad que englobando al Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios donde se pone de manifiesto el acuerdo directo de la víctima y el imputado del delito y así dar solución temprana a una imputación penal. Esta institución será desarrollada con más amplitud en los acápites siguientes.

EL DERECHO PENAL GENERAL Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

2.1 Aspectos generales

El Derecho penal general es la disciplina jurídica que estudia las categorías comunes a todo delito específico, así como las consecuencias jurídicas concretizables a toda pena o sanción penal en concreto.

Así, para el análisis concreto de un delito como por ejemplo el robo o hurto, es necesario conocer previamente el contenido de la tipicidad, donde se ubica por ejemplo el error de tipo, o los supuestos de ausencia de acción, o en la antijuricidad con las causas de justificación, o la culpabilidad con los supuestos de inculpabilidad,

tales como la minoría de edad y que son temas comunes a todo delito específico y que es abordado en la parte general del Derecho penal.

De igual forma, en el caso de las consecuencias jurídicas del delito, conocer las diferencias y supuestos de aplicación de las diferentes penas, como las privativas de libertad, limitativas de derechos, o la multa o, por qué no, las medidas de seguridad, resultan de capital importancia para su aplicación práctica a casos concretos.

Por otro lado, los diferentes supuestos de aplicación del principio de oportunidad como pena innecesaria, escasa gravedad del delito, o supuestos de atenuantes de responsabilidad penal, o también los supuestos específicos del acuerdo reparatorio, hace imperativo conocer las diferentes categorías del delito así como las diversas consecuencias jurídicas del delito y la reparación civil; de ahí que resulta necesario efectuar un análisis resumido de estas categorías dogmáticas de la teoría del delito, las consecuencias jurídicas del delito y la reparación civil.

2.2 Teoría del Delito

La teoría del delito se ocupa del estudio de las características que debe reunir cualquier conducta para ser calificada como delito.

Desde el plano práctico, la teoría del delito constituye un instrumento conceptual para establecer si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto por la ley. Se denomina también teoría de la imputación penal que se encarga de definir las características generales de toda conducta para ser imputada como un hecho punible (VILLAVICENCIO 2013 : 223).

2.2.1 El Delito.

El Código Penal no contiene una definición de delito, sin embargo, el artículo 11 nos aproxima cuando señala que son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas y culposas penadas por ley. Sin embargo, este concepto a decir de Zaffaroni citado por un autor nacional, es limitado o formal, es como afirmar que una cebra es “el animal que la zoología lo llama así” (REYNA 2013 :19).

La dogmática penal es la que ha encargado de construir el concepto de delito. Así, el causalismo que fue acogido por el Código penal de 1,924 indica que será delito toda acción u omisión típicamente antijurídica -descrita por la ley y no mediando una causa de justificación -, imputable -atribuible a un hombre y no mediando una causa de inimputabilidad -culpable – a título de dolo o de culpa, y no mediando una causa de inculpabilidad -y punible -en abstracto, aunque en concreto no resulte penada-.

Por su parte, la teoría de los elementos negativos del delito indica que el tipo no solo abarca la tipicidad –objetiva y subjetiva- sino, también la antijuricidad –las causas de justificación. Para esta teoría los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, como elementos negativos del tipo. Se incluyen dentro del tipo porque, solo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la autenticidad del hecho (BRAMONT-ARIAS 1998 : 69).

El finalismo adoptado por el Código penal de 1,991 considera que delito es toda acción típica, antijurídica y culpable.

Dentro de este panorama general veamos qué instituciones tiene vinculación con la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

a. La acción

Para explicar la acción y su contenido se tiene la teoría del causalismo naturalista, el valorativo y el finalismo.

El causalismo naturalista sostenido por Frank Von Liszt y Beling indica que el movimiento corporal al producir modificación en el mundo exterior y ser perceptible por los sentidos es relevante para el Derecho Penal; para su realización basta con modificar la realidad, sin importar la voluntad del sujeto y este elemento subjetivo se analiza en la culpabilidad, el problema es que con esta postura no encuentra explicación los delitos por omisión.

Por su parte el causalismo valorativo dado por Edmund Mezger plantea que la conducta comprende tanto la acción como la omisión y además deben ser voluntarias y que permita causar un resultado, pero la intención que persigue el sujeto sigue formando parte de la culpabilidad, con lo cual no encuentra explicación casos de tentativa o delitos culposos.

Por último, el finalismo planteado por Hans Welzel considera que toda acción es ejercicio de una voluntad final y esto porque el hombre puede prever las consecuencias de su conducta

La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas. Así, el proceso de desarrollo de la voluntad se gesta en la esfera del pensamiento y contiene la anticipación (el proponerse) del fin que el autor quiere realizar, la selección de los medios de la acción para la consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin.

La segunda etapa es cuando el actor efectúa su acción en el mundo real, es decir, poner en movimiento, conforme a su plan, los medios de acción (factores causales), escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar.

De esta manera para el finalismo la conducta contiene elementos objetivos y subjetivos, por tanto, el tipo (descripción hipotética de una conducta), tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo (en la que se incluye el dolo, que deja de ser elemento de la culpabilidad).

Nuestro Código Penal clasifica el hecho punible en delitos de comisión que se caracteriza porque describe la conducta prohibida; delitos de omisión que implica no haber realizado la conducta debida y se divide en propia cuando está prevista en un tipo especial e impropia cuando la omisión causa el mismo resultado de un delito de acción; el delito doloso se verifica conocimiento y voluntad; y delito culposo cuando se viola el deber de cuidado y produce un resultado (HUERTA 2000 : 40)

En este contexto, lo que tiene importancia para nuestro tema de investigación son los denominados supuestos de ausencia de acción. Veamos en qué consisten.

1) La fuerza física irresistible previsto en el artículo 20 inciso 6 del Código Penal como causa eximente de responsabilidad penal, aún cuando debe denominarse causa de inacción. La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que se produce cuando la persona actúa sin capacidad de control. Esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, es decir el sujeto no debe tener la

posibilidad de actuar de otra forma. El tercero que causa la fuerza física irresistible es quien responde penalmente.

2) Los movimientos reflejos no constituyen acción ya que dichos movimientos no son controlados –o producidos- por la voluntad de la persona, por ejemplo, un ataque epiléptico.

3) Estado de inconciencia, donde los actos que realiza el sujeto no dependen de la voluntad (Ej. Sonambulismo, embriaguez letárgica). No obstante si el sujeto se pone deliberadamente en ese estado de no se exime de responsabilidad opera el denomina Actio libera in causa (BRAMONT-ARIAS 1998 : 82).

Decíamos que el único supuesto de ausencia de acción previsto en la ley es el primero, surgiendo el problema bajo qué sustento legal podemos aplicar los demás supuestos, o no habría exención de pena, coincidimos con García cuando señala que el juez podrá utilizar analógicamente la regulación de la fuerza irresistible para excluir de pena en los otros supuestos de falta de acción (GARCIA 2008 : 304).

Por consiguiente y, tal como se aprecia, en todos estos supuestos, la acción no es dirigida por una conducta voluntaria, al margen del resultado, por ende resultan irrelevantes penalmente, por lo que no es posible aplicar en estos casos criterios de oportunidad, sino desestimar la acción penal.

b. La tipicidad

En la tipicidad, existen varias instituciones que resultan relevantes para el objeto de nuestro estudio, como el tema de la imputación objetiva, la tentativa y participación en cuanto al aspecto objetivo del tipo y los casos de error de tipo referidos al aspecto subjetivo del tipo, el cual procedemos a desarrollar.

b.1 La imputación objetiva

El rol general de ciudadano genera obligación originaria de hacer uso de la libertad de organización sin perjudicar al resto. Solamente en el caso que el ciudadano haya infringido su rol general de no hacer daño podrá atribuirle objetivamente el hecho y, dado el caso, una responsabilidad penal. Este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

Para la imputación del comportamiento como delito, una vez determinado un riesgo como penalmente relevante, habrá que responder a la cuestión de si su creación puede imputarse al que lo ha producido o pudo evitarlo. Para ello el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima se erigen como instituciones imprescindibles (GARCIA 2008 331).

b.1.1 La creación de riesgo penalmente prohibido

Los riesgos prohibidos son aquellos que están fuera del ámbito cubierto por el riesgo permitido. Esto quiere decir que hay riesgos que no pueden dar lugar a responsabilidad, en tanto son riesgos socialmente permitidos.

Para determinar el carácter prohibido de un riesgo se cuenta primer lugar con lo que establece el propio ordenamiento jurídico, penal o extrapenal. En caso de simples contravenciones la reglamentación administrativa, requiere además que estén presentes los demás presupuestos exigidos por el tipo penal respectivo, que pueden ser de tipo cualitativo o una de gravedad cuantitativa especial de la conducta riesgosa. Ejemplo del primero será el medio fraudulento para que la falta de pago de los tributos se configure como una conducta típica de defraudación tributaria. El segundo caso sería el delito de contrabando en la cual se establece que el valor objeto del delito supere las dos unidades impositivas tributarias para tener relevancia penal. (GARCIA 2008 :33).

b.1.2 El principio de confianza

El fundamento de este principio parte de la idea que los demás son sujetos también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de ellos. Ejemplo: el médico cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención, haya sido esterilizado por el personal sanitario. Es requerible este principio solo si el sujeto que confía ha de responder por el curso causal en si, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso (VILLAVICENCIO2013: 327)

El principio de confianza a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa que otros actuaran correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los

otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestra conducta, por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialidad hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando. Sencillamente, el tener el semáforo en luz verde autoriza a confiar en cruzar la avenida sin temor alguno. Pero si el conductor de al lado, a quien la luz en roja no lo detuvo- es quien ocasiona el accidente, solo él responderá por su propio hecho (CARO 2014 :67)

b.1.3 Prohibición de regreso

Se constituye como un criterio de delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por terceros. Ejemplo el comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina no quebranta su rol aunque el comprador le expresa que lo usará para cometer un homicidio.

Esta teoría se relaciona con la participación en que se desarrolla diferentes supuestos. En todo caso, solo de modo subsidiario pueden surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el aporte neutral favorezca a una situación de peligro a un tercero o a la colectividad, que puede entenderse como una infracción de un deber de solidaridad mínima que se expresaría como un delito de omisión de auxilio (art. 127 del Código Penal) u omisión de denuncia (art.407 Código Penal).

La prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación. Ejemplo el caso de taxista, en el que quien conduce su comportamiento de modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro, en este caso el taxista, se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual podríamos calificar de inocuo, al delito de robo agravado (CARO 2014 : 72)

b.1.4 Competencia de la víctima

Existirá imputación al ámbito de competencia de la víctima, si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido (VILLAVICENCIO 2013 : 330). El presupuesto para aplicar el instituto dogmático de la imputación a la víctima es que el autor haya superado el riesgo permitido, por ejemplo, la agraviada por voluntad propia abordó la motocicleta con pleno conocimiento del estado de ebriedad en que se encontraba el investigado, elevando de esta forma el riesgo permitido, quienes con esta acción imprudente, sin ningún sentido de previsibilidad, deben asumir las consecuencias de su propio riesgo (CARO 2014 : 87), o el caso de festival de rock, donde los asistentes se suben en el puente colgante y éste por el peso cae, y la experiencia enseña que un puente colgante es un vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos, y en consecuencia el agente que organizó el evento no creó ningún riesgo (VILLAVICENCIO 2013 : 330)

b.2 La tentativa

La tentativa es una forma imperfecta de ejecución del delito. Es decir, cuando el sujeto realiza el aspecto subjetivo del tipo pero no el aspecto objetivo (o lo realiza parcialmente).

Debemos recordar para la concreción del delito, éste pasa por una fase interna y otra externa. Dentro de la primera se encuentra la ideación (cuando el agente concibe la idea delictiva) y en la segunda está conformado por actos preparatorios, tentativa, consumación y agotamiento.

La tentativa se extiende desde que comienza la ejecución del delito hasta su consumación. La tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o accidentales.

Existen dos formas de tentativa. La tentativa inacabada se presenta cuando el agente no logra realizar todas las acciones que planificó para buscar el resultado, debido a una interrupción debido al desistimiento voluntario o circunstancia ajena.

El desistimiento en la tentativa inacabada se da cuando iniciado el proceso de ejecución el agente abandona voluntariamente la ejecución del hecho. En estos casos el agente no recibirá sanción, salvo que los actos realizados constituyan por sí otro delito, por ejemplo, el delito previsto en el artículo 317-A del Código Penal denominado Marcaje o reglaje.

La interrupción accidental en la tentativa inacabada se da cuando el agente logra practicar todos los actos de ejecución que era necesaria para la producción del resultado, pero no llega a esa concreción por circunstancias ajenas a su voluntad. Ejemplo, cuando el médico que en su consultorio particular va a practicar un aborto clandestino y cuando se encontraba iniciando la operación respectivamente incursiona la policía. En estos casos, que son denominados tentativa propiamente dicha, según el artículo 16 del Código Penal el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena, siendo una causal de disminución de punibilidad obligatoria.

La tentativa acabada es cuando el agente ha realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito, pero no se concretiza. Esto puede ser por desistimiento voluntario del agente o por circunstancias ajenas al mismo.

El desistimiento en tentativa acabada, se presenta cuando el sujeto, de acuerdo a su plan, ya realizó todos los actos necesarios para la producción del resultado y desarrolla una nueva actividad para impedirlo. Es decir el agente desarrolla una actividad positiva para impedir el resultado. En el artículo 18 del Código Penal se exige que el agente impida que se produzca el resultado. Ejemplo quien dispara varias veces en el cuerpo de la víctima con el objetivo de matarlo y al verlo agonizando, decide llevarlo al hospital para evitar que muera. Los otros requisitos son similares al desistimiento en tentativa inacabada: voluntariedad del desistimiento, que sea definitivo y eficaz. En estos casos, la conducta es impune, salvo que los actos practicados constituyan por si otros delitos. Así, en el ejemplo anterior si la víctima sobrevive, el sujeto que efectuó los disparos será sancionado por lesiones graves.

La interrupción accidental en tentativa inacabada se da cuando el agente ha realizado (o cree realizar) todos los actos que, según su plan de acción, eran necesarios para la producción del resultado, pero dicho resultado no se produce por circunstancias accidentales. Ejemplo quien lanza una piedra para impactar en el cuerpo de la víctima, pero un tercero logra mover a la víctima, evitando que la piedra le caída. En estos casos, según el artículo 16 del Código Penal, el juez disminuirá prudencialmente la pena.

Por último, el delito imposible, regulado en el artículo 17 del Código penal que señala que no es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto. Es decir, un supuesto es por inidoneidad del medio que será absoluta cuando, por su esencia o naturaleza, no es capaz de producir el resultado. Ejemplo, quien pretende destruir un auto golpeando con un martillo de plástico. El otro es, por inidoneidad del objeto que será absoluta cuando dicho objeto no existe o es impropio para configurar el delito. Ejemplo quien pretende abortar a una mujer que no está embarazada. En estos casos la conducta es impune (HUERTA 2000 : 89).

La tentativa prevista en el artículo 16 del Código Penal conocida incorrectamente como circunstancia atenuante, en realidad se constituye conjuntamente con las eximentes imperfectas, la complicidad secundaria, en causal de disminución de la punibilidad, donde el juez está facultado a disminuir prudencialmente la pena (PRADO 2015 : 59). En concreto, el efecto directo de la tentativa es que se rebaja prudencialmente la pena.

b.3 Participación delictiva

Los delitos descritos en la parte especial están redactados en función de la realización de la conducta por el autor, el problema se presenta cuando en el hecho delictivo participa más de una persona. En estos supuestos serán necesario, discriminar, cual es el nivel de participación de cada sujeto, para lo cual se debe recurrir a las reglas establecidas en el artículo 23 de Código Penal.

Siguiendo la teoría del dominio del hecho, será autor el que tiene el dominio del hecho, es el que tiene la decisión de realización del hecho, o dirige en forma planificada y se expresa de tres diferentes formas: dominio de acción (el autor realiza él mismo la acción típica), dominio de la voluntad (se presenta en la denominada teoría de autoría mediata) y dominio funcional del hecho (se basa en la división del trabajo en la co-autoría).

Autoría directa

Es autor directo quien plasma el dominio final del hecho a través del dominio de la acción. Es quien realiza directamente la acción típica.

Autor mediato

Autor meditado es aquel que tiene el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad. Es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario, pero mantiene el dominio del hecho por que domina la voluntad del otro.

En este tipo de autoría, se precisa de dos características: la posición subordinada del intermediario y el rol dominante del mandante.

En la autoría mediata lo importante es la relación existente entre el ejecutor material y el hombre de atrás, relación en la que el papel fundamental lo tiene el hombre de atrás y el intermediario se encuentra en situación de subordinación, teniendo por tanto el dominio del hecho el hombre de atrás. Ejemplo, el médico que prepara una inyección con veneno y ordena a la enfermera aplicarla al paciente, lo que desconoce su contenido; el médico será autor mediato de asesinato.

La coautoría

La coautoría es una forma de autoría en la que el dominio del hecho es común a varias personas, por tanto, son coautores los que tienen co-dominio del hecho.

Se requiere de dos requisitos: la decisión común y la realización en común. Ejemplo el caso de tres individuos que juntos ingresan a un banco a robar.

Partícipes

La participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. Los partícipes son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia en relación con la del autor, por tanto ellos de ninguna manera tienen el dominio del hecho.

Existen dos formas de participación, la instigación y la complicidad.

La instigación prevista en el artículo 24 del Código Penal que señala el que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible será reprimida con la pena que corresponde al autor.

La instigación es aquella conducta activa que dolosamente hace surgir en el autor la decisión de realizar un delito doloso concreto. Ejemplo quien convence a una persona que está necesitada, que para conseguir dinero debe asaltar la tienda de abarrotes del barrio.

Para que sea sancionado el instigador el auto debe haber consumado el delito o al menor llegado al grado de tentativa. Es preciso indicar que el instigador no responde por el exceso en que haya incurrido el autor, en el caos anterior, el instigador solo será sancionado por la instigación al robo.

La complicidad

Esta figura está contemplada en el artículo 25° del Código Penal y clasifica en complicidad primaria y complicidad secundaria.

El cómplice es aquel que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso, el cual puede ser con un aporte material o apoyo psicológico. Y este aporte puede ser en la etapa de actos preparatorios o en la ejecución del delito, pero nunca después que se haya consumado el delito.

La complicidad primaria se presenta cuando se presta un auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado. El funcionario del banco que facilita la clave de la caja fuerte a quienes van a

cometer el robo o hurto, a cambio que se le dé parte de lo hurtado. La sanción que recibe el cómplice primario, es la misma que recibe el autor.

La complicidad secundaria se presenta cuando de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia; es decir, el aporte del cómplice puede ser sustituida, o no es imprescindible, y en razón de ello que la sanción también es de menor entidad. Ejemplo quien facilita su vivienda para que los asaltantes planifiquen el robo de un banco. En estos casos, el cómplice secundario recibirá una sanción que disminuirá prudencialmente la pena, el cual es obligatoria.

b.4 Error de tipo

Para conocer lo que es el error es necesario referirnos al dolo como elemento subjetivo del tipo.

El dolo está conformado por el conocimiento y voluntad del agente de cometer el delito.

El dolo tiene dos elementos. El elemento volitivo referido a la voluntad del sujeto de realizar el tipo penal y el elemento cognitivo.

Uno de los elementos del tipo, junto a la voluntad, es el conocimiento del agente que debe haber tenido sobre las circunstancias del delito para obrar con dolo.

En el elemento cognitivo se puede presentar el error en el sujeto del tipo penal, el cual excluye el dolo, porque constituye ignorancia de uno o de todos los elementos que integran el tipo objetivo. Esto es, se constituye en un

supuesto de ausencia de dolo (BRAMONT-ARIAS 1998 : 99). Ahora bien, el error puede estar referido a los hechos del hecho o también de derecho, por ejemplo, el individuo que toma un bien mueble creyéndolo propio cuando le es totalmente ajeno, incurrirá en error de tipo.

Se diferencia entre error de tipo vencible y error de tipo invencible. El primero se da cuando el agente observando el debido cuidado hubiera podido salir del error en que se encontraba y evita el resultado. La consecuencia es que la infracción será castigada como culpable siempre que se halle prevista como tal en la ley, caso contrario, no habrá sanción.

La jurisprudencia nacional presenta el caso donde se imputa a Julián Fernández Castañeda por el delito de violación sexual de menor de edad, al haber tenido relaciones sexuales con la menor identificada con la Clave N° 1770 cuando ésta contaba con trece años de edad, aprovechando la relación de enamorados que mantenía con ella, quien sostuvo voluntariamente relaciones sexuales vía vaginal hasta en tres oportunidades. Estos hechos ocurrieron desde el mes de setiembre de 2009, de manera que las dos primeras se realizaron en el domicilio del procesado ubicado en el lote 1, manzana A, AA.HH Arenal Alto, Villa María del Triunfo, y la tercera en un hostal; en el presente caso, el procesado desconocía la edad que la menor agraviada tenía, quien le indicó tener 15 años de edad, por lo cual, al no haber alegado en ningún momento el uso de los medios comisivos -amenaza y violencia-, las interacciones o relaciones de naturaleza “sentimental” o “sexual” sostenidas entre la menor agraviada y el procesado no resultan pasibles de sanción penal, ya que, los hechos sub examine se configuran en un “error de tipo vencible”; al que alude la última parte del primer párrafo del artículo 14 del Código Penal; debido a que desconocía uno de los elementos que integran el tipo objetivo, esto es, la edad de la víctima en la fecha de los

hechos, por lo que la Corte Suprema declaro no haber nulidad en la sentencia que lo absolvió [(R.N.N°2196-2014 LIMA SUR Fecha 01.04.2016) Actualidad Penal 24]

El error invencible se presenta cuando el sujeto activo del delito pese haber observado el debido cuidado, no puede salir del error, en este supuesto, la conducta queda impune.

c. Antijuricidad

La antijuricidad consiste en la contradicción entre la acción realizada y el ordenamiento jurídico o lesión del bien jurídico.

Se diferencia entre antijuricidad formal que es contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico en general.

La antijuricidad material no sólo implica contradicción con el Derecho sino se verifica si el hecho o conducta afectó el bien jurídico, el cual puede ser por lesión o puesta en peligro. En este caso el artículo IV del Código Penal prevé el principio de lesividad en el sentido que la pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Ahora bien, todo hecho típico está prohibido, pero la ley por razones políticas, sociales y jurídicas autoriza que un hecho que en un inicio era típico, se convierta en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico (BRAMONT ARIAS 1998 :121), a estos supuestos se denominan causas de justificación. Veamos cuales son.

c.1 Legítima defensa

La legítima defensa plantea la permisibilidad, es decir, la conformidad a derecho, de determinados comportamientos antijurídicos frente a la concurrencia de determinados requisitos establecidos en la ley.

El artículo 20 inciso 3 del Código Penal establece el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Se aprecia que para legítima defensa se requiere de tres requisitos: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente.

Habrán agresión ilegítima cuando la conducta tiende a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

En cuanto a la racionalidad del medio empleado, es necesario analizar por ejemplo la edad del agresor y de la víctima; en concreto, resultará racional el medio empleado, cuando el agredido no cuente con otro medio que le permita defenderse.

Por último, para la agresión es necesario que no haya sido provocado por la víctima (REYNA 2013 : 138).

De cumplirse estos tres presupuestos, el efecto principal es que la conducta del agredido si bien es típico, pero no es antijurídico, es decir, no es delictuoso, por consiguiente, debe perder el carácter punitivo y relevancia penal.

c.2 Estado de necesidad justificante

Si tomamos en cuenta que el derecho penal protege bienes jurídicos, en casos de confrontación entre dos bienes jurídicos de distinto valor, la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, se rige entonces, por una ponderación de bienes jurídicos.

El artículo 20 inciso 4 del Código Penal señala el que ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplea un medio adecuado para vencer el peligro.

El fundamento de esta causa de justificación es el interés preponderante, de tal manera que se excluye la antijuricidad por la necesidad de la lesión en relación a la menor importancia del bien que se sacrifica respecto del que se salva (VILLAVIVENCIO 2013 :550). Se presenta cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un derecho propio de una amenaza o daño actual e inminente, produciendo en tal empeño, una lesión de menor gravedad a los bienes jurídicos de otra persona,

siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta y no esté obligado jurídicamente a afrontar el trance o haya sido provocado por el.

Esta causa de justificación tiene dos requisitos objetivos: Existe dos bienes jurídicos en conflicto y, se salva el de mayor valor sacrificando al de menor valor. Esto se da debido a una situación de peligro, de necesidad, en la que la salvación de un bien jurídico no es posible sino, mediante el sacrificio de otro menos valioso. Debe ser actual e insuperable de otro modo, y además real. No debe haber sido provocado por el agente.

Se debe emplear un medio adecuado para vencer el peligro. La acción de defensa por la que opte debe ser la de única posibilidad para evitar el peligro, debe ser objetivamente necesaria y ser guiada, subjetivamente por una voluntad de salvación (BRAMONT- ARIAS 2008 :126).

c.3 Ejercicio legítimo de un derecho.

Es otra de las causales de justificación. El artículo 20 inciso 8 del Código Penal señala el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El ordenamiento jurídico puede otorgar excepcionalmente a los particulares ciertos derechos, cuyo ejercicio regular puede implicar la afectación de otro derecho o intereses de terceros. Si el titular del derecho se ha mantenido dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho, el hecho lesivo producido no le podrá ser imputado penalmente. Ejemplo el caso de los derechos de defensa posesoria y de retención que el Código Civil prevé en sus artículos 920 y 1123.

El ejercicio legítimo de un cargo u oficio, pese a la diferencia del término de ejercicio legítimo de cargo u oficio, se circunscribe al ejercicio de una profesión privada, el cual en la medida que se haga de acuerdo con la normativa y estándares de actuación vigentes, constituirá un caso de conducta penalmente irrelevante, es decir que ni siquiera podrá afirmarse la creación de un riesgo prohibido. En el ámbito de las actuaciones funcionales se permite actuar coactivamente en el ámbito de los particulares, como coacciones, allanamientos, lesiones que por razones de interés público, se consideran excepcionalmente permitidas.

En caso del cumplimiento de deberes se presenta en los casos que dicho cumplimiento traiga necesariamente la afectación de otros bienes jurídicos. Mientras que el obligado se mantiene dentro de lo que se le impone el deber, su conducta queda justificada. Por ejemplo el deber del funcionario bancario de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera de operaciones inusuales o sospechosas que detecte no le genera responsabilidad penal por delito de violación del secreto profesional o de violación de la intimidad personal, en la medida que se mantenga en lo dispuesto por la normativa de detección del lavado de activos (GARCIA 2008 : 496).

c.4 El consentimiento

Al margen del debate si el consentimiento se encuentra dentro de la tipicidad o antijuridicidad, el consentimiento surge cuando el sujeto activo realiza una conducta típica autorizada expresa o tácitamente por el titular del bien jurídico sujeto pasivo.

El artículo 20 inciso 10 del Código Penal señala está exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

El fundamento del consentimiento se encontraría en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado cuando señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que la persona debe ser considerada como un agente moral autónomo para decidir y realizar sus actos y proyectos de vida y en ese entendido su consentimiento respecto a la violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos constituye una expresión de su libertad personal.

El profesor Hurtado considera que el consentimiento se ubica en la tipicidad, porque la lesión o puesta en peligro, no adquiere relevancia penal de la lesión o del peligro considerado en el tipo legal, por no afectar el dominio de quien lo ejerce. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que éste sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daños, por lo que el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el bien haya sido destruido, no ha sido atacado. La destrucción de la cosa, consentida por el propietario, constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición.

Los requisitos del consentimiento es la disposición del bien jurídico. Ejemplo en el tratamiento médico su intervención del galeno es típica y solo el consentimiento del paciente excluye de responsabilidad. El otro es la capacidad para consentir, y esto solo puede realizar una persona capaz, y la manifestación del consentimiento debe ser exteriorizada por cualquier

mediante actos concluyentes, en el caso de trasplante de órganos por ejemplo se exige una formalidad determinada (HURTADO 2011 : 484).

Los requisitos para invocar el consentimiento es que el ordenamiento jurídico debe reconocer la facultad de consentir del sujeto pasivo, siempre y cuando el bien jurídico sea de libre disposición; y, el sujeto que otorga el consentimiento debe de tener la capacidad de disponer del bien jurídico afectado. El sujeto de manera racional debe otorgar su consentimiento, es así que incluso un menor de edad podría darlo, por ejemplo, en el delito de violación sexual si es mayor de 14 años a más. No es permitido en bienes personalísimos, como por ejemplo consentir para que otro lo mate. Pero en los delitos de lesiones culposas leves sí opera el consentimiento (BRAMONT-ARIAS : 1998 :130).

d. La culpabilidad

En la culpabilidad el análisis del delito se traslada del hecho (que es analizada en la tipicidad y en la antijuricidad) al sujeto que cometió el ilícito penal. Es decir, para que hecho sea delito no es suficiente que se trata de una conducta típica y antijurídica, sino que además el sujeto sea culpable.

La culpabilidad es la capacidad de motivación o no, donde el autor del hecho típico y antijurídico tiene capacidad de entender que su comportamiento es contrario a ley; capacidad para discernir lo malo de lo positivo, capacidad de poder motivarse conforme a ese conocimiento.

En esa perspectiva, la culpabilidad tiene como elementos, como la capacidad de culpabilidad, es decir, cuando el sujeto tiene mínimas condiciones psicológicas y fisiológicas que le permita entender lo que está permitido o no, luego el

conocimiento de la antijuricidad, esto es, verificar si el agente tuvo conocimiento de la antijuricidad o actuó influenciado por alguna clase de error, y por último, la capacidad de motivación, es decir, dada las circunstancias, se le puede exigir que actúe conforme a ese entendimiento, o ha sido motivado por estado de necesidad disculpante (REYNA 2013 : 152).

Ahora bien, para verificar si un sujeto es o no culpable, es necesario verificar la existencia de tres exigencias que, de presentarse, no es posible afirmar que el sujeto que realizó un conducta típica y antijurídica, sea culpable. Estos son, la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la no exigibilidad de otra conducta.

La imputabilidad

Es la capacidad de motivación del autor por la norma penal, y esto se puede verificar realizando un ejercicio negativo, determinando la presencia o no de las causales de inimputabilidad.

El artículo 20 prevé como causales de inimputabilidad, la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, la alteración en la percepción y la minoría de edad. Es decir, de presentarse estos supuestos, el sujeto no es culpable y son las siguientes.

La anomalía psíquica o perturbación psíquica morbosa, se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos en el ámbito emocional, o intelectual que escapan a un marco de contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro como psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas.

La grave alteración, son perturbaciones de naturaleza fisiológicas y psicológicas, tales como la hipnosis, delirio febril, sonambulismo, agotamiento, emociones intensas, embriaguez.

La alteración en la percepción tiene base biológica natural, que evalúa las dimensiones biológicas de los sentidos, tales como el habla, la audición, el gusto, el tacto, es decir de todos los sentidos percibidos por el hombre.

Por último, la minoría de edad, que no está determinado por el desarrollo biológico o psicológico sino por la norma extrapenal, que en caso de nuestro país se adquiere después de cumplido los 18 años de edad, a partir del cual se presume que el sujeto tiene capacidad para el entendimiento de la delictuosidad de su conducta.

El conocimiento de la antijuricidad

En este aspecto se exige que el sujeto conozca de la prohibición de la conducta en el sentido que su hacer está prohibido.

Cuando se verifica que el sujeto no conocía de la antijuricidad de su conducta, estamos frente a un error de prohibición que puede estar referido a la existencia de la norma prohibitiva, que se denomina error de prohibición directo (ej. quien procediendo de un país que está permitido vender marihuana, asume que en el Perú también y lo realiza). O también puede estar referido a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación, también denominada error de prohibición indirecto, en el caso de la legítima de defensa y estado de necesidad putativos.

De presentarse estos supuestos el efecto de acuerdo con lo previsto con el artículo 14° del Código Penal es, si el error de prohibición es vencible, se atenuará la pena, si el error es invencible se excluirá de sanción penal.

El artículo 15 del Código Penal prevé un tipo de error especial, conocido como de comprensión culturalmente condicionado, que se presenta cuando el agente no internaliza la pauta cultural oficial o reconocida por el legislador, debido a que proviene de otra cultura diferente.

La no exigibilidad de otra conducta.

En ciertas circunstancias apremiantes, el Derecho no puede exigir al sujeto que se sacrifique en contra de sus intereses por respetar la conducta prohibida. Estos supuestos son el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable y la obediencia jerárquica.

El estado de necesidad exculpante, donde al entrar en contradicción dos bienes jurídicos del mismo valor, el sujeto sacrifica uno de ellos. Ejemplo, el caso del navegante que para sobrevivir él, tiene que matar al otro, para salir a salvo.

Para estar frente a este supuesto de exculpación, los únicos bienes jurídicos en conflicto con la vida, integridad corporal y la libertad.

Además, no solo cubre la protección de un bien jurídico del mismo sujeto, sino también alcanza a la de un tercero, pero siempre en cuando tenga un vínculo con el otro sujeto.

El miedo insuperable, es un supuesto de inculpabilidad. El artículo 20 inciso 7 indica el que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

El miedo insuperable es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas patológicas, siendo dichos estímulos externos al agente. Para estar frente a esta casual, el miedo debe ser insuperable, es decir superior a la exigencia media de soportar males y peligros.

En la jurisprudencia se encuentra el caso de Gregorio Tello Ortiz donde se le imputa haber entregado a Félix Gerardo Cruz Guzmán una carta que le fue incautada por el Ejército Peruano el día 14 de abril de 1992 en la localidad de San Francisco, Provincia de Aymaraes, donde el procesado le manifiesta que debe colaborar con la causa de la guerra popular para lo cual debe dirigirse a la localidad de Huayquipa e informar sobre la existencia de los miembros de las fuerzas del orden; y que Gregorio Tello Ortiz trabajaba bajo el mando de Evaristo Palomino Fanola. El miedo debe ser insuperable, tal como prescribe el inciso 7 del artículo 20 del Código Penal, es decir, no dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar, pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Son requisitos que configuran dicha eximente: a) que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, lo que se acredita en el hecho de que el acusado Tello Ortiz fue amenazado por varios sujetos, identificándose como miembro de Sendero Luminoso premunidos de armas de fuego; b) debe ser insuperable, es de decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio, siendo que en el caso sub examine, el acusado tenía motivos suficientes para temer por cuanto sus atacantes eran subversivos encapuchados que pertenecían a Sendero Luminoso, tanto más si en el lugar donde se produjo el hecho había sufrido los embates de la indicada agrupación terrorista, no siendo argumento suficiente por parte del recurrente que en el lugar de los hechos también se encontraba personal policial y del Ejército; y c) debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez ofrezca una amenaza de igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el

amparo del miedo, aspecto que se evidencia en el hecho que el acusado Tello Ortiz temía por su vida, que resulta ser un bien jurídico prevalente; por lo que la Corte Suprema lo absuelve de la acusación fiscal del delito de terrorismo [(R.N. N° 1055-2014 LIMA Fecha 06.04.2016) Actualidad Penal 24].

La obediencia jerárquica se encuentra prevista en el artículo 20 inciso 9 del Código Penal y exige los siguientes requisitos: Relación de subordinación.- El actor tiene que encontrarse sujeto a las relaciones de superior a inferior jerárquicos, esto requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro; Competencia del superior jerárquico.- La competencia se refiere a las funciones correspondientes y habrá que atender a lo que señala la respectiva regulación legal; Obrar por obediencia.-Es necesario que el subordinado tenga competencia para ejecutar el acto ordenado; La orden debe estar revestida de formalidades legales. La Orden tiene que reunir todos los requisitos que señala la ley o reglamento desde un punto de vista formal; La orden debe ser antijurídica. Significa que debe ser contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, si es manifiestamente antijurídica entonces no exime de responsabilidad al sujeto. Por ejemplo el soldado que bajo órdenes del teniente jefe de la patrulla militar aniquila a unos supuestos subversivos, incurre en delito de homicidio calificado -asesinato, y no puede acogerse a esta eximente (HUERTA 2000 : 111).

2.3 Las Consecuencias Jurídicas del Delito

El derecho penal cumplirá su prestación social no solo imputando el hecho penalmente relevante, sino mediante la materialización de la pena, o las medidas de seguridad, la reparación civil o las consecuencias accesorias (GARCIA 2008 : 672). Las consecuencias jurídicas del delito están compuestas por la pena, medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y la reparación civil.

Es preciso señalar que antes de abordar estos tópicos, es necesario precisar el tema de la punibilidad de una conducta que justifica la imposición de una de las consecuencias jurídicas del delito.

Se señala que un injusto penal es punible, aun cuando en ciertos delitos su ausencia o presencia determinan su efectiva imposición de la pena. También se debate si es parte de la teoría del delito o de las consecuencias jurídicas del delito, lo que queda claro es que su fundamento se encuentra en la falta de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penal, sino esos criterios se debe encontrar en cada figura delictiva de la parte especial, por ejemplo en los delitos patrimoniales se encuentra la regla del artículo 208 del Código Penal que señala no serán reprimido los hurtos o apropiaciones debido a sus vínculos familiares.

Los presupuestos de punibilidad son las denominadas condiciones objetivas de punibilidad que se constituyen en la manifestación positiva de punibilidad, mientras que en sentido negativo son las causas de exclusión de la punibilidad o excusas absolutorias.

Las condiciones objetivas de punibilidad sin circunstancias que se añade a la acción que realiza el injusto culpable para que genere necesidad de una intervención penal, y se pueden identificar en propios que son ajenos al injusto penal (por ejemplo, el requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido) y las condiciones objetivos de punibilidad impropias que pertenecen al injusto penal, pero por razones político-criminales se sustraen del injusto para aligerar sus presupuestos de imputación objetiva y subjetiva (por ejemplo la posibilidad del perjuicio del uso del documento en el delito de falsificación de documentos, pero la doctrina más autorizada enfatiza que solo se puede considerar como condiciones

objetivas de punibilidad las primeras , porque a los segundos debe exigírsele los requisitos de imputación objetiva y subjetiva propios del injusto culpable, porque si no se traería abajo la teoría del delito (GARCIA 2008 : 648).

En cuanto a las causas de exclusión de la punibilidad, se puede diferenciar entre causas personales de exclusión de punibilidad de las causas materiales de exclusión de punibilidad.

Las causa personales que excluyen de pena a las personas es debido a que estos poseen un determinado status o cualidad especial, como el caso de los congresistas que no podrán imponérseles pena prevista para el delito de injuria y el fundamento no radica sólo en ese status, sino no en el hecho de que la labor que desarrolla es necesario que tenga márgenes de mayor libertad que los preserve de posibles interferencias de otros poderes del Estado. También otros supuestos de estas causas personales, viene a ser el arrepentimiento activo de un interviniente en el delito, la exención o perdón de pena, y la prescripción.

Las causas materiales de exclusión de la punibilidad, están referidas a circunstancias concomitantes o posteriores al hecho que eximen de pena. El carácter objetivo de estas causas de exclusión de punibilidad trae como consecuencia que la falta de punibilidad beneficie a todos los partícipes, un ejemplo es la llamada *exceptio veritatis* o excepción de la verdad en los delitos contra el honor, que según el artículo 134 del Código Penal permite que en determinados casos, exime de responsabilidad penal al autor de un delito de difamación si prueba la veracidad de sus imputaciones, o cuando posteriormente le pide disculpas o explicaciones satisfactorias en juicio quedara exento de responsabilidad según el artículo 136° del Código Penal (GARCIA 2008 : 688).

2.3.1 La pena

La pena se constituye en una de las primeras consecuencias jurídicas de todo hecho punible o delito.

Ahora bien, respecto a la función o rol de la pena se ha construido varias teorías.

Así, las teorías absolutas de la pena sostienen que ésta tiene que ver con la justicia retributiva y absoluta, siendo su principal exponente Emanuel Kant quien postula la ley como imperativo categórico, y Hegel que indica el delito es negación del Derecho y la pena es negación de la negación, encontrando estas teorías sus raíces en el antiguo principio del talión, ojo por ojo, diente por diente”, o lo que actualmente conocemos como “el que a hierro mata, a hierro muere”.

Pese a que se cuestiona a estas teorías que la pena no tendría un fin o propósito podemos señalar, coincidiendo con Prado, que la expresión actual de dichas teorías lo encontramos en el Principio de Culpabilidad como base y límite de la penalidad y, principalmente, en el Principio de Proporcionalidad como garantía para la determinación legal y judicial de las penas (PRADO 2000 : 28).

Por su parte, las teorías relativas a diferencia de la anterior, busca una utilidad en la pena, en este caso básicamente fines preventivos, y se ha dividido en dos posiciones.

La prevención general negativa que considera que la imposición de una pena, influencia sobre la comunidad en tanto la ejecución de una pena debe ser

instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación, teoría que tiene origen en lo planteado en el siglo XIX por el jurista alemán Paul Johann Anselm Von Feuerbach en su teoría la coacción psicológica donde atribuía a la pena el sentido de una contramotivación negativa que se amparaba en el mal que podría generar para el delincuente la comisión de un delito.

En cambio, la prevención general positiva formulada por el jurista Jakobs señala que la misión de la pena es más bien reafirmar la vigencia de la norma, el cual comprende vigencia y reconocimiento, esto es, tomar conciencia de que la norma es infringida, de tal manera que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, y la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.

La segunda tendencia en las teorías relativas es la prevención especial planteado por Franz Von Liszt con su teoría de la idea del fin, donde también se identifica a la prevención especial positiva donde se pretende que el autor del delito no delinca más en el futuro, logrando la resocialización del mismo a través de la pena; y la prevención especial negativa que pretende evitar la peligrosidad del autor en sociedad mediante la inoquización del mismo. En concreto, la prevención especial persigue la profilaxis frente al delito mediante la actuación en el autor en un triple nivel: la pena debe intimar al autor socialmente integrado para que no cometa nuevos delitos, resocializar al autor habitual, y proteger a la sociedad frente al autor irrecuperable (PRADO 2000 : 30)

Las teorías mixtas surgen partir del fracaso de las anteriores teorías. Claus Roxin plantea una teoría tomando las teorías absolutas y la relativas según la fase de ejecución en que se encuentra el delito y se denomina teoría

conglobante que plantea tres etapas: a) De conminación penal, se realiza antes del delito, en esta etapa predomina la prevención general, y así lo establece el artículo 1 del Título Preliminar de nuestro Código Penal; b) ejecución judicial, referido al período en el cual se está procesando al inculpado, en esta etapa predomina la retribución absoluta porque lo que busca la sentencia es la proporcionalidad entre la pena y el hecho cometido según artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal; c) ejecución de la pena, se da cuando se le procesa y sentencia al acusado, en esta etapa predomina la prevención especial, ya que busca resocializar al sujeto según artículo IX del Título Preliminar del Código Penal (BRAMONT-ARIAS 1998 : 56)

2.3.2 Sistema de penas en el Código Penal

Según el artículo 28 del Código Penal la pena aplicable a los autores y partícipes de un hecho punible son de cuatro clases: las penas privativas de libertad, las restrictivas de libertad, las limitativas de derechos y la pena de multa.

Las penas privativas de libertad prevista en el artículo 29 del Código Penal afectan la libertad ambulatoria del condenado y determina su ingreso y permanencia en un centro penitenciario, puede ser de dos tipos. La pena privativa de libertad temporal cuya duración se extiende de 2 días a un máximo de 35 años. Y, en segundo lugar, tenemos la pena de carácter atemporal, es decir, la cadena perpetua, la cual su duración es indeterminada.

Las penas restrictivas de libertad consisten en el alejamiento obligado del país. Pueden darse dos casos. La expatriación, aplicado a los nacionales, la cual actualmente ha sido eliminada de nuestra norma penal, y la expulsión que se aplica a los extranjeros.

Para su ejecución de la expulsión, en primer lugar, el condenado debe cumplir con la pena privativa de libertad y luego recién el extranjero es expulsado perpetuamente.

Las penas limitativas de derechos, que son aquellas que recaen sobre derechos distintos de la vida, el cuerpo, la salud o la libertad de movimientos, están regulados en los artículos 31 y 40 del Código Penal y pueden ser de tres clases: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y pena de inhabilitación.

Prestación de servicios a la comunidad está prevista en el artículo 34° del Código Penal señala que la prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas.

Estas labores los realizara el condenado los fines de semana, salvo consienta a trabajar días útiles, y las labores a desarrollar deben estar relacionados a sus aptitudes personales o profesionales.

Esta sanción se aplica como pena independiente y como medida alternativa a la prisión o multa. Su duración es de un mínimo de 10 y un máximo de 156 jornadas semanales.

Como pena sustituta, la prestación opera conmutando las penas privativas de libertad hasta cuatro años, y opera a razón de siete días de pena privativa de libertad por una jornada de prestación de servicios.

La limitación de días libres consiste en la asistencia obligatoria del condenado los fines de semana, por horas, o a un establecimiento adecuado donde

recibirá cursos y conferencias o participará en otras actividades educativas a fin de recibir orientación tendiente a su rehabilitación. Su duración se extiende de 10 a 156 jornadas de limitación.

Esta sanción puede ser aplicada en reemplazo de una pena privativa de libertad de hasta cuatro años.

Si no asiste el condenado a dichas actividades, el juez puede convertir dicha pena en privativa de libertad, previo requerimiento judicial, a razón de una jornada de servicios o de limitación de días libres por 7 días de privación de libertad (PRADO 2000 : 76).

La inhabilitación, es otra pena limitativa de derechos. Se encuentra previsto en los artículos 36 al 40 del Código Penal vigente.

Esta sanción viene a conformar las incapacidades o suspensiones que puede imponerse a un condenado a título de inhabilitación. Es decir, la inhabilitación puede consistir en la privación de derechos políticos, civiles y profesionales. Pueden ser de dos tipos: absoluta cuando se priva todos derechos, y relativa, si se priva determinados derechos.

Por la forma de su imposición, esta puede ser principal y accesoria. También puede aplicarse como pena única o conjunta.

Cuando la inhabilitación se aplica como principal tiene una duración entre seis meses y como extremo máximo diez años; para los delitos contra la Administración Pública tiene un mínimo de cinco y un máximo de veinte años y cuando el agente es integrante de una organización criminal, la pena de inhabilitación es perpetua o denominada ahora de muerte civil.

La pena de inhabilitación será accesoria cuando el hecho punible constituya abuso de autoridad, de cargo, profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley, se extiende por igual tiempo que la pena principal.

Otro supuesto de pena accesoria de inhabilitación se da en los delitos culposos de tránsito cuando en el artículo 40 del Código Penal señala que la pena de inhabilitación prevista en el artículo 36 inciso 7 del Código Penal podrá aplicarse como pena accesoria.

La pena de multa está regulada en el artículo 41 del Código penal. Con esta pena se obliga al condenado a pagar una suma de dinero al Estado, la cual se calcula en base a los días multa. Un día multa es equivalente al ingreso promedio, rentas, remuneraciones, nivel de gastos y demás signos de riqueza.

La multa debe ser pagada dentro de los 10 días de pronunciada la sentencia, el juez puede fraccionar el pago de la deuda. El cobro también se puede efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado.

El monto del día multa está comprendido entre 10 y 365, a veces, sin embargo, el juez puede señalar un número mayor de días multa, porque la ley después de establecer los límites de los días multa señala, salvo disposición contraria de la ley (BRAMONT-ARIAS 1998: 189).

2.3.3 La determinación concreta de la pena

Las penas o sanciones antes descritas, se concretizan una vez que estas han sido determinada, dosificadas o medidas por el juez al aplicar en un caso concreto.

La determinación de la pena, no es automática, sino constituye un proceso complejo que se lleva a cabo en primer lugar por el legislador, quien es el que precisa la clase de pena para un determinado delito, y luego interviene el juez cuando tiene que resolver un caso determinado donde tiene que modular, medir dentro de la extensión del mínimo o máximo, una pena concreta, proceso que se denomina medición judicial de la pena, dosificación de la pena, métrica judicial de la pena, entre otros.

El legislador en el artículo 28 del Código Penal ha precisado la diversidad de clases de pena que pueden preverse para los delitos de la parte especial del Código Penal y, para su aplicación supletoria para los delitos tipificados en las leyes penales especiales.

La determinación concreta de la condena

Para que el juez penal pueda medir o dosificar la pena, tendrá que conocer las denominadas circunstancias de la pena, las mismas que según la doctrina más autorizada es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura (PRADO 2015 : 51).

Las circunstancias adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho), o mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente).

Cabe precisar, según la doctrina más autorizada, que las circunstancias no deben confundirse con las otras reglas que también sirven para medir la pena, como las denominadas causales de disminución o incremento de punibilidad (eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria), o de las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal -confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso. (PRADO 2016 : 204).

Se conoce como circunstancias agravantes cuando promueven una penalidad conminada o pena concreta mayor y cuando propenden a una penalidad menor son denominadas atenuantes.

Existen tres clases de circunstancias: las genéricas, específicas y las circunstancias cualificadas o privilegiadas.

Las circunstancias genéricas son aquellas que están previstas en la Parte General del Código Penal que operan en la determinación de la pena concreta de cualquier delito, de ahí su denominación de genéricas.

Dentro de las circunstancias genéricas, encontramos a las atenuantes genéricas que buscan una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor y que van a determinar una pena concreta menor, tomando como punto de referencia el extremo mínimo de la pena abstracta o fijada en el delito específico.

Por otro lado, tenemos las circunstancias genéricas agravantes que tienen la función de indicar una mayor antijuricidad o culpabilidad, lo que se refleja en una mayor penalidad, tomando como dato referencial el extremo máximo de la pena.

Las circunstancias genéricas atenuantes están previstas en el artículo 46° inciso 1 del Código Penal y son ocho atenuantes, tales como: 1) la carencia de antecedentes penales; 2) el obrar por móviles nobles o altruistas; 3) el obrar en estado de emoción o temor excusables; 4) la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; 5) procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; 6) reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; 7) presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; y, 8) la edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible.

Las circunstancias genéricas agravantes previstas el inciso 2 del artículo 46° del Código Penal incluye trece y son las siguientes: 1) ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; 2) ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; 3) ejecutar la conducta por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; 4) ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; 5) emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; 6) ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la conducción de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo

o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o participe; 7) hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; 8) realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; 9) la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; 10) ejecutar la conducta punible valiéndose de inimputables; 11) cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; 12) cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; y, 13) cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos, o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Las circunstancias específicas

Las circunstancias especiales se denominadas así porque van reguladas en la parte especial del Código Penal y en algunos delitos, y sirven para graduar la pena la pena sólo para ciertos delitos cometidos, la búsqueda de la pena concreta se hace al interior de los límites de una penalidad conminada que el legislador ha consignada para ciertos delitos; así, tenemos, por ejemplo, en el artículo 189 y gradúan la pena del delito de robo previsto en el artículo 188, también las contempladas en el artículo 297° y 298° que operan como agravantes o atenuantes en el delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 296°, por último, en los artículos 108-B y 152 según párrafo que modifican las penas de los delitos de feminicidio y secuestro previsto en el artículo 108° y 152 del Código Penal.

Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas

Se caracterizan porque sus efectos inciden en forma directa sobre la pena conminada, es decir, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, dando lugar a un nuevo marco de conminación penal.

Si se trata de circunstancias agravantes cualificadas, como por ejemplo la reincidencia previsto en el artículo 46-B° del Código Penal, el nuevo marco punitivo será equivalente a una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Otras circunstancias agravantes son por calidad del agente o lugar y modo de comisión del delito (art.46-A°), por habitualidad (art.46-C°), por empleo de menores de edad (art.46-D°) y por parentesco (art.46-E°).

Por último, tenemos ocho de estas agravantes en el artículo 22 de la Ley N° 30077 denominada de Crimen Organizado.

2.3.4 Las Medidas de Seguridad

Cuando el delito comete una persona inimputable (no discierne sobre lo bueno y lo malo) o inimputable relativo se le castiga con la sanción denominada medidas de seguridad. Son otras de las consecuencias jurídicas del delito.

Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible, cuando existe el peligro potencial de que puedan incurrir en el futuro en actos similares (PRADO 2000 : 155). Sus fundamentos los encontramos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal cuando señala las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación. Es decir, estas sanciones serán cumplidas en un centro hospitalario de tratamiento psiquiátrico.

Los presupuestos para que pueda ser investigado este tipo de personas y, eventualmente, ser pasibles de dicha sanción, son dos: 1) Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y 2) Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. De no ser así, se le declara inimputable y se archiva el caso penal.

a. Clases

Según el artículo 74° del Código Penal, se contempla la internación y el tratamiento ambulatorio.

La internación es la más grave sanción y se aplica a los inimputables; excepcionalmente se aplica a los imputables relativos por consumo de drogas o alcohol.

La internación es la medida de seguridad privativa de libertad y tiene función eminentemente curativa. Ella afecta la libertad ambulatoria del sentenciado e implica que él ingrese y permanezca en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia (PRADO 2000 : 164).

Al ser una medida de curación, su duración no es indeterminada, sino se establece en función al tiempo de la pena privativa de libertad, como si el sujeto fuere imputable.

El tratamiento ambulatorio por su parte, es una sanción como su propio nombre lo indica, con fines terapéuticos o de rehabilitación que se hace sin

privar la libertad al imputable o sujeto peligroso. Como puede verse, se trata de medidas que se sustentan en la peligrosidad criminal de la persona natural que tiene su origen en los defectos psicosomáticos (GARCIA 2008 : 742).

2.3.5 Las consecuencias accesorias

Cuando una persona jurídica se ve involucrado en un delito, la sanción que puede recibir las sanciones denominadas consecuencias accesorias. De ahí que se conceptúa como sanciones especiales que se aplican a las personas jurídicas que resulten involucradas a través de su actividad, administración u organización, con la comisión, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible (PRADO 2000 : 177).

Presupuesto de aplicación

La doctrina considera que las consecuencias accesorias se aplicarán siempre en cuando se cumpla con los siguientes presupuestos:1) Que se haya cometido un delito; b) Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; c) Que se haya condenado penalmente al autor específico del delito; d) Se debe disponer la intervención de la persona jurídica para dejar a salvo los derechos de los trabajadores (PRADO 2000 : 185).

Clases

El artículo 105° del Código Penal incorpora diferentes tipos de consecuencias accesorias.

a) Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años. Estas medidas tendrán lugar cuando existe objetivamente una peligrosidad sobre la futura comisión de hecho delictivos debido a la forma cómo están dispuestos estos locales o establecimientos (GARCIA 2008 : 771). Son medidas que afectan el funcionamiento de los ambientes o inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus operaciones. En estos casos el juez puede disponer la clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos. Tratándose de una clausura temporal, la sanción no puede exceder de cinco años.

b) Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

El fundamento de esta medida radica en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona puede seguir desarrollándose; la suspensión solamente se entiende en tanto la persona jurídica cuente con autorización legal para el funcionamiento. Su plazo máximo es de dos años.

d) Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será más de cinco años. Esta sanción debe recaer sobre el ámbito de actuación en

el que se ha realizado el delito y existe el peligro de que se pueda volver a cometer (GARCIA 2008 : 774). Se trata de una restricción absoluta de la operatividad del ente colectivo, aunque con un radio de acción de naturaleza específica. Esto es, pueden quedar fuera del efecto restrictivo otras actividades no vinculadas con el hecho punible. Además, pueden ser temporal que no supere los cinco años, o definitiva.

e) Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

2.3.6 La reparación civil

La reparación civil es otra de las consecuencias del delito, por cuanto de manera general se señala que todo delito genera dos consecuencias: una de carácter penal y otra de carácter civil.

En un tiempo la reparación tuvo en enfoque tradicional donde se concebía como simple consecuencia del delito; después se proyecta como alternativa eficaz frente a las penas privativas de la libertad; y, por último, se enfoca como una opción destinada a mejorar la posición de la víctima en los procesos de criminalización primaria o secundaria

La reparación civil es un derecho de resarcimiento o indemnización a consecuencia de un delito. En nuestro ordenamiento está previsto en el Código Penal y según el artículo 93° comprende: la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios.

En el nuevo Código Procesal Penal una de las finalidades de la investigación preliminar es determinar la existencia del daño.

En tal sentido, la doctrina señala que la acción civil que se ejercita en el proceso penal es siempre la acción civil reparatoria, que coincide claramente con la acción de responsabilidad extracontractual (SAN MARTIN 2015 :268).

La reparación civil comprende: la restitución, la reparación y la indemnización.

Restitución el retorno del bien afectado a su condición anterior al delito. Es por ello que el artículo 94 del Código Penal indica que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros. Esta posibilidad opera en delitos que implican despojo o apropiación de bienes. No opera esta regla cuando, por ejemplo, se trata de bienes registrables (principalmente bienes inmuebles) donde quien adquiere de buena fe mantiene su título una vez inscrito, opera la restitución sólo cuando exista mala fe; en cuanto a los bienes muebles, tampoco opera la restitución cuando se adquiere en locales o tiendas abiertos al público y amparados en facturas o pólizas de vendedor, en estos casos quien tiene que pagar, según artículo 93°, es el que resulte civilmente responsable.

Reparación. Consiste en efectuar una prestación personal tendente a remediar los menoscabos sufridos en una cosa. Comprende obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Indemnización consiste en condenar al pago de una determinada cantidad de dinero suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito. Comprende todo evento lesivo producido por el delito e incluye daños materiales, morales del perjudicado, su familia e incluso de terceros, así como el lucro cesante y daño emergente.

El concepto de indemnización no se reduce al carácter económico, pues como lo ha establecido el Acuerdo Plenario Jurisdiccional Penal de 1999 la reparación civil debe comprender el daño económico, moral y personal; es decir, el objeto de la reparación no solamente es el daño patrimonial, sino también de carácter extra patrimonial (GARCIA 2008 : 788). Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 donde se ha definido ambos aspectos de los daños patrimoniales.

En ese entendido, el daño resarcible de acuerdo a lo previsto en el artículo 93° del Código Penal comprende:

a.1 Daño patrimonial o daño material, este daño se divide en dos categorías:

a.1.1 Daño emergente

Es el perjuicio sufrido por la víctima por la pérdida o disminución de las cosas afectadas por el delito o de los derechos del agraviado. Se trata de una pérdida efectivamente sufrida. El daño emergente tiene una pauta objetiva a considerar en cada caso concreto. Para cuantificar es necesario determinar el porcentaje de la incapacidad física o psíquica de la víctima, además tener en cuenta la gravedad del obrar antijurídico del imputado, es decir, la conducta desplegada después de ocurrido el accidente (CACERES 2014 : 68).

a.1.2 Lucro cesante.

Es el que produce es la frustración de la renta o ganancia esperada. Se trata de una lesión por la pérdida de las expectativas económicas que sean consecuencia de la lesión.

a.1.3 Daño personal

Se refiere a los gastos realizados como consecuencia de la victimización, y está referido al menoscabo que se produce en los hechos de la persona, como un derecho resarcitorio diferente al menoscabo patrimonial y que está compuesta:

- . Reintegros de gastos médicos y de farmacia
- . Gastos terapéuticos y asistenciales futuros y apoyo psicológico
- . El tratamiento tiene como fin evitar las complicaciones que puedan ser consecuencia de la acción delictiva (desnutrición, infecciones, etc).

a.2 Daño extra patrimonial

La naturaleza del daño moral es resarcitoria y no sancionatoria. Es daño a la persona en sí misma, como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, padecidos por el perjudicado. Evaluar el daño moral implica medir el sufrimiento humano, de no fácil determinación, que corresponde fijar a cada juez.

Cabe señalar que la reparación civil no es sólo preocupación en sede nacional, sino también por la comunidad internacional. Así, la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 21 de marzo de 2006 en su sexagésimo período de sesiones ha establecido que las víctimas tienen derecho a una reparación plena bajo cinco formas, tales como: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver al a victima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o violación grave del derecho internacional

humanitario. Comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

La indemnización ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional, tales como los siguientes: a) el daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades, en particular las del empleo, educación y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los perjuicios morales; e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que sea revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos y volver a inhumarlos según el

deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculados a ella; e) una disculpa pública que incluya reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) la aplicación de sanciones judiciales y administrativas a los responsables de las violaciones ; g) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de la normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) la protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de

información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) la revisión o reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las que permitan.

LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

3.1 Definición

La doctrina más autorizada expresa que Oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se le 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 competente de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales (MAIER 2002 : 836)

Es la facultad que tienen los órganos de la persecución penal, atento a un fundamento que así lo amerite, de no iniciar una investigación formal, de suspenderla, renunciarla, modificarla o de solicitar su extinción sin necesidad de arribar a una sentencia final (JAUCHEN 2012 : 675).

Estos mecanismos constituyen la antítesis, la excepción del principio de legalidad, que permite a los encargados de la *persecutiocriminis* y de la acusación, ejercerla o dejar de actuarla; que autoriza a los jueces y tribunales a juzgar sin fundamentar,

dispensándose la defensa técnica, según criterios subjetivos de conveniencia” (GIACOMOLLI 2012 : 95).

En sede nacional, se señala que el principio de oportunidad es aquel mediante el cual, en aparente contraposición al principio de legalidad -su par dialectico, se autoriza al fiscal a optar entre promover el ejercicio de la acción penal o abstenerse de hacerlo, archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito (SAN MARTIN 2015 : 260). Mejor dicho, representa un mecanismo de simplificación del procedimiento, es decir una opción para la obtención de una solución para el caso a través de procedimientos menos complejos que el procedimiento común (CUBAS 2015 :655)

3.2 Finalidad

A partir de estas consideraciones se pueden extraer finalidades planteadas a los Criterios de Oportunidad, esto es, se constituyen en “mecanismos de celeridad que buscan la *descriminalización* de los hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, o en la *eficiencia del sistema penal* en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada de casos que no permite, precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad” (LÓPEZ MASLE y HORVITZ LENNON 2006 : 48).

3.3 Fundamentos

La doctrina aporta en realidad varios fundamentos que, a su vez, dieron también lugar a cuestionamientos, por lo que siendo medular en nuestro planteamiento del tema, pasaremos a desarrollar cada uno de ellos.

En primer lugar, los fundamentos de los criterios de oportunidad en general pueden ser ubicados en los ámbitos “sociológicos -estigmatización social del proceso, de una condena y del encarcelamiento, y en la resocialización mediante el cumplimiento voluntario de la sanción-, de política criminal -hipertrofia del Derecho penal, incapacidad de sancionar todos los comportamiento criminales, y la protección de la persona de la víctima-, y jurídico -simplificación del procedimiento, interés en la verificación de la justicia material en contraste a un formalismo legal, y en la orientación hacia las consecuencias jurídicas, o sea, en la efectividad en la aplicación del derecho, tanto en el Derecho Penal material, como en el propio proceso penal” (ARAGONESES 1986 : 118). No obstante, estos fundamentos es preciso delinearlos.

a) Fundamento constitucional basado en el principio de mínima intervención.

Si asumimos que el Derecho penal ha de ser la *última ratio*, esto es, el último recurso a donde hay que acudir a falta de otros medios lesivos, emergiendo además el principio de proporcionalidad por cuanto si el Derecho penal posibilita la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, se justifica hacer intervenir otros medios menos duros como los criterios de oportunidad para casos en especial de criminalidad de bagatela como propuesta razonable, el cual tendría sustento en el artículo 1 de la Constitución nacional argentina (CESANO 2010 : 80). Esto es, los criterios de oportunidad tendrán sustento en los fundamentos dogmáticos del derecho penal como *última ratio*.

b) La facultad discrecional del fiscal en la persecución penal como expresión de la división de poderes del Estado.

Se parte de que resulta inimaginable que el fiscal en el sistema anglosajón pueda ser obligado a iniciar la persecución en términos generales, tanto más cuando la persecución penal es tarea típicamente ejecutiva, por tanto el Poder Judicial no puede intervenir en el libre ejercicio de los poderes discrecionales del fiscal (BOVINO 1996 : 162).

En nuestro medio, si bien el Ministerio Público no está adscrito al Poder Ejecutivo, también es cierto goza de autonomía y ello precisamente justifica, según doctrina nacional, el que se otorga discrecionalidad al Fiscal para aplicar o no criterios de oportunidad, sin intervención judicial (SAN MARTÍN 2004 : 45).

c) Obtiene su justificación en las teorías utilitarias de la pena.

Es claro hoy en día que las teorías preventivas al reconocer la aplicación del Derecho Penal no como imperativo metafísico de justicia (teorías absolutas de la pena), sino, como un instrumento orientado a la prevención de aquellos hechos sociales disvaliosos, se lograría dos de los objetivos de criterios de oportunidad que Maier plantea: la descriminalización de los hechos punibles y la eficiencia del sistema penal en procura de un descongestionamiento de un justicia penal sobresaturada de casos” (BOVINO 1996 : 163).

d) Evita el estigma del proceso, de la condena y de la prisión.

Se sostiene que para determinados acusados el hecho de responder a un proceso criminal, es más gravoso que la aplicación de una sanción, como ocurre con los acusados de un delito cuya sanción final es una multa, el cual puede desarrollar

incluso un proceso irreversible de estigmatización, manipulación, adulteración de la identidad e imagen del imputado, y el objetivo de los mecanismos de consenso son precisamente evitar los efectos dañosos de la condena (GIACOMOLLI 2012 : 105).

e) Protección procesal de la víctima.

Durante estos últimos tiempos la ciencia está dando importancia a la víctima del hecho punible, a tal extremo que está cobrando carta de ciudadanía la disciplina que lo estudia: la Victimología. En esa línea, se sostiene que es necesario la recuperación del lugar de la víctima, que no sólo es propuesto por quienes pretenden la abolición del sistema de justicia penal, sino también por diversos autores que no cuestionan radicalmente la extinción del Derecho penal, como Maier en Argentina, Roxin y Esser en Alemania o Julio Rodríguez en Perú que propone un sistema completo y detallado de composición basado en la reparación del daño para los delitos exclusivamente, además porque el derecho comparado está dando muestras de la incorporación de mecanismos reparatorios acorde a esta tendencia, por lo que se debe trabajar para obtener nueva respuestas diversificadas distintas a la pena tradicional, para que el Derecho penal pueda convertirse efectivamente en la *última ratio* del orden jurídico” (BOVINO 1996 : 169).

f) Tratamiento procesal diferenciado.

Todo sistema criminal, desde el punto de vista de los sujetos –legislador, policía, investigadores, acusadores o juzgadores-, de sus actividades y del objeto –especies de infracción- constituye un aparato seleccionador. Así, la criminalidad organizada, casi profesionalizada, no desea cualquier especie de diálogo, y menos sea llevado dentro del proceso, se niegan a colaborar en la solución procesal; mientras que los

de criminalidad de masa, bagatela, están dispuestos a colaborar, quieren justicia pronta, lo que amerita un tratamiento diferenciado, además que los mecanismos de consenso aproximan más y anticipan la comunicación del Derecho penal y el Derecho procesal penal, y siendo el Derecho Penal de *última ratio*, con más razón debe aplicarse a infracciones bagatelarias (GIACOMOLLI 2012 : 111).

g) Tratamiento preventivo e integrador.

La aplicación de una medida criminal negociada o aceptada por el autor del hecho, es más eficaz que la impuesta por la fuerza jerarquizada y silenciosa de una condena. El autor cuando tiene la posibilidad de discutir dialécticamente la sanción criminal u otra medida a ella equiparable, se siente responsable por su cumplimiento, lo que lo hará con más seguridad, lo que a su vez propiciara su readaptación de la persona que no es propiamente un delincuente, y trabaja en la prevención de los hechos criminales, pues hay una participación en la solución del proceso penal.

h) Adecuación a las finalidades del proceso

Si consideramos, siguiendo a un insigne penalista que una de las finalidades del proceso penal es el mantenimiento de la paz jurídica a través de la protección de bienes jurídicos fundamentales” (ROXIN 2003 : 2) el cual puede ser alcanzada mediante mecanismos de consenso, por cuanto el Derecho Penal ha incorporado mecanismos flexibilizadores de la sanción penal, como son la medidas alternativas a la pena privativa de libertad, sea la reserva del fallo condenatorio y suspensión de la ejecución de la pena; y, por otro lado, el Derecho Procesal Penal también ha asimilado mecanismos de aceleramiento o salidas alternativas a la acción penal, como la terminación anticipada o conclusión de juicio, es en esa lógica, que la paz jurídica se puede alcanzar a través del consenso, de los criterios de oportunidad

buscando la disminución de la carga procesal, con atención, también a los perjudicados por el hecho criminal, con resultados más eficaces.

3.4 Naturaleza jurídica

En nuestro medio la escasa doctrina que ha desarrollado esta institución de manera concreta, ha sido omiso sobre la naturaleza jurídica de los criterios de oportunidad y tal como ocurre también en Brasil, encontramos posiciones aisladas, enunciados sin metodología o rigor científico (GIACOMOLLI 2012 :185).

En sede nacional, la escasa literatura indica que los criterios de oportunidad corresponde su naturaleza con la conciliación y el arbitraje (MELGAREJO 2013 : 140) . En esa línea afirma que el fiscal conforme a nuestro ordenamiento trata de desarrollar una conciliación, esto es, toma la iniciativa de componer ánimos de los que están en enfrentamiento. O, se señala que la naturaleza jurídica de los criterios de oportunidad peruano emerge cuando se analiza el acto procesal de los roles de los sujetos involucrados en el acto, y de sus efectos (ARANA 2004 : 74).

A este respecto debemos indicar siguiendo a Carnelutti que la transacción es un acto complejo, especie del género autocomposición, efectuada por las partes. La heterocomposición se diferencia porque es llevada a cabo por el órgano jurisdiccional. Por su parte Alcalá Zamora y Castillo señala que la palabra autocomposición se descompone en auto –realizada por obra de uno de los litigantes-, y composición – solución, resolución, o decisión del litigio-, a diferencia de la solución dictada por un juez, tras un proceso.

En el caso peruano, el Ministerio Público como órgano constitucional autónomo o más concretamente el fiscal provincial penal, al convocar a las partes involucradas para la aplicación de criterios de oportunidad no está desistiendo o renunciando a la

pretensión punitiva, sino optando por una solución temprana de imputaciones penales y que éstas, además, están autorizadas por la ley.

3.5 Características

a) Taxatividad

Se considera que el fiscal no puede aplicar o solicitar la aplicación de los Criterios de Oportunidad en presencia de cualquier hecho delictuoso sino que debe atenerse a que se presenten específicamente los casos indicados en la ley (ANGULO 2004 :76). Si tenemos cuenta, por lo menos, en cuanto al principio de oportunidad, donde hemos acogido el modelo reglado, es correcto que el fiscal debe observar los presupuestos que la ley exige para aplicar este criterio de oportunidad, pero en esa calificación o evaluación lo hará con un nivel de discrecionalidad, y así lo confirma cuando en el artículo 2° inciso 1 del Código Procesal Penal se utiliza el verbo “podrá” el Ministerio Público abstenerse de ejercitar la acción penal.

Situación diferente es cuando se trata del Acuerdo Reparatorio donde la ley fija los delitos donde debe aplicarse; es decir, el fiscal no tiene otra posibilidad por ejemplo de ocurrido el delito de Lesiones simples previsto en el artículo 122° del Código Penal, tiene que convocar, si o si, a una audiencia a fin de aplicar dicho criterio de oportunidad o, también, si las partes presentan el acuerdo en un instrumento público o documento con firma legalizada, el fiscal no tiene más homologar los términos del acuerdo y disponer la abstención de la acción penal. En ese sentido, el inciso 6 del artículo 2° utiliza el término “procederá” el Fiscal a un acuerdo reparatorio. Es decir, en este supuesto creemos que no hay margen de discrecionalidad por parte del Fiscal para aplicar el acuerdo reparatorio, a tal extremo que en el texto original de dicha norma se constituía en un requisito de procedibilidad de la acción penal.

b) Excepcionalidad

La adopción de los criterios de oportunidad en ningún caso revoca la existencia de la regla según el cual en todos los demás casos, los operadores jurídicos deben observar los principios de legalidad procesal, indisponibilidad, o irrevocabilidad de la acción penal. En efecto, los criterios de oportunidad, no colisionan con el ejercicio obligatorio de la acción penal, ambos se sostienen en sus propios fundamentos, por lo que creemos que más que excepcional, los criterios de oportunidad son complementarios al ejercicio de la acción penal, así se desprende también de la ley, cuando el Código Procesal Penal en el artículo 1° trata sobre la acción penal y, en seguida, en el numeral 2° regula el principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio.

c) Cosa decidida

La aplicación de los criterios de oportunidad es generar el estado de cosa decidida, es decir, una vez investigado y archivado el caso no será posible reabrir el caso por el fiscal o por otro. Si una de las finalidades de los criterios de oportunidad es componer el conflicto penal, donde el agraviado verá satisfecho con el pago de la reparación civil y el imputado con el archivo de su caso, confrontaría dicho propósito si resultare susceptible reabrir la investigación archivada; por eso será que la norma procesal penal es radical al señalar que concluido la audiencia, el fiscal expedirá una disposición de abstención y dicha disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos.

d) Solución de equidad

Se señala que en contraposición al proceso formal donde se trata de hallar la verdad de los hechos y solo en función de ellos, condenar o absolver, en el caso de los criterios de oportunidad lo perseguido es una solución de equidad al conflicto penal, en tanto la certeza se consolida durante el procedimiento, y más será en base a una convicción sincera de autoría que equivale a una gran probabilidad que se trata de aplicar los criterios de oportunidad (ANGULO 2004 : 80). Los criterios de oportunidad conforman lo que se denomina solución temprana de imputaciones penales, en el entendido que busca salir a las partes rápidamente del conflicto penal; no obstante, para su procedencia será necesario realizar la calificación jurídica de los hechos, esto es, realizar el juicio de tipicidad, tal como estamos postulando en la presente investigación, a partir del cual, creemos eso sí de contar solo con ciertos elementos de convicción mínimos podemos postular aplicar los criterios de oportunidad, tanto más cuando la norma procesal penal vigente autoriza que con indicios reveladores de la existencia de un delito puede disponerse la formalización y continuación de la investigación preparatoria, a tal extremo que si el Fiscal considera que de las diligencias preliminares se establecen suficientes elementos de la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.

e) Evita el proceso penal

La aplicación de los criterios de oportunidad tiene una o varias razones de utilidad, sin embargo, algo concreto es que también evita el inicio o la apertura del proceso penal. En efecto, hoy la investigación puede trasuntar la etapa de investigación preparatoria dentro de ella la investigación preliminar, la etapa intermedia y el juzgamiento que, en términos de tiempo, requiere de las partes involucradas, imputado y agraviado en especial, mucho esfuerzo y a veces desgaste de tiempo y economía, por lo que los criterios de oportunidad al constituirse en soluciones tempranas de imputación penal evitan el desarrollo de todo ese proceso; y la

norma actual tiende en esa línea, al invitar a acogerse a estos criterios, por cuanto sino no se explicaría que prevé su aplicación incluso en la etapa intermedia, es decir, luego que el fiscal ha efectuado su acusación ante el juez de investigación preparatoria.

2.6 Modelos de Criterios de Oportunidad

Tanto en la legislación como en la doctrina no existe uniformidad respecto a la adopción de uno de los modelos de los Criterios de Oportunidad. En general y, con matices, existen dos modelos. Para el primero de ellos su aplicación es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal; el segundo es la que adoptaron los sistemas que tradicionalmente siguen el sistema de legalidad en la persecución.

a) Criterios de Oportunidad libre.

Este modelo es la que siguen los países del sistema anglosajón, tales como por ejemplo los Estados Unidos de América.

El profesor Bovino explica así: El derecho de los EE.UU desconoce el principio de legalidad procesal propio del Derecho continental. El principio de Oportunidad es la regla absoluta del sistema, pues los tribunales han respetado el principio a pesar de que algunas leyes establecen el carácter obligatorito de la persecución penal, en términos similares a los de nuestro Derecho. El respeto irrestricto del principio de oportunidad implica que los fiscales ejercen sus facultades persecutorias con una discrecionalidad ilimitada (BOVINO 1996 : 161).

Ahora bien, esa discrecionalidad se extiende no solo para ejercer o no la acción penal, como ocurre en nuestro sistema procesal penal, sino que en dicho

sistema angloamericano “en tanto [el fiscal] supere el obstáculo de demostrar que existe causa probable para creer que alguien ha cometido un delito, tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente la persecución, si garantiza la inmunidad a un imputado, si negocia con el imputado; también para elegir qué cargos formula, cuándo los formula y dónde los formula.

El fundamento o justificación de dicho sistema se encuentra en la división de poderes que tiene vigencia en dicho país, pues al ser considerada en EE.UU la persecución penal una tarea típicamente ejecutiva, el Poder Judicial no puede interferir con el libre ejercicio de los poderes discrecionales del fiscal (BOVINO 1996: 162).

En concreto pues, la discreción del fiscal no está sometida a control alguno. El tribunal solo puede impedir que la persecución siga adelante cuando algún presupuesto impide su continuación, pero no por motivos de oportunidad, que dependen exclusivamente del fiscal. Lo que de ningún modo puede hacer el tribunal es obligarlo a actuar positivamente.

No obstante, como cualquier institución, no todo es perfecto, o por lo menos se aprecian ciertas inconsistencias, percibiéndose actualmente que dicho sistema no se celebra para descongestionar la administración de justicia ni racionalizar la persecución penal, sino para incrementar las probabilidades que pueda tener el Fiscal de ganar el caso en juicio (ORE 2011 : 399). Y esto puede deberse a varios factores: la amplia discrecionalidad que gozan los fiscales; los incentivos que ofrecen en el sistema de garantías en los Estados Unidos como efecto del Due Process Revolution que obliga a los fiscales a “solucionar” el conflicto sin judicializarlo. O, por último, el grado de sanción que el sistema premia imponer al imputado cuando se niega a colaborar con la aplicación del pleabargaining; en estos casos el Fiscal generalmente, imputa cargos más

graves y pide penas más elevadas de las que ofrecería con la finalidad de negociar (DUCE/RIEGO 2002 : 188).

b) Criterios de Oportunidad reglado

Este modelo es acogido por el sistema penal euro continental como el de nuestra región que adoptó el sistema de legalidad en la persecución.

Este modelo se diferencia del anterior, por cuanto “los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente, o desistiendo de su ejercicio, cuando esto le es permitido, si hubiera sido promovida; asimismo las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del tribunal (GUARIGLIA 1993: 92).

Este modelo es el acogido por nuestro sistema procesal penal, por cuanto los presupuestos y supuestos de aplicación están determinados por el legislador; más aún, en el acuerdo reparatorio, se precisa, con mayor exactitud legal, los tipos o delitos penales por los cuales sólo procede en esos casos; tópicos que en el acápite correspondiente serán tratados con más profundidad.

3.7 Derecho Comparado

3.7.1 Derecho Inglés

Los dos países más representativos del sistema anglosajón son Inglaterra y Estados Unidos. Así, ambos al pertenecer a la misma estructura procesal penal, están conformados bajo los principios de criterios de oportunidad, sin embargo también guardan ciertas diferencias.

La *pleagUILty* inglesa consiste en la posibilidad del acusado de declararse culpable (*pleagUILty*) o inocente (*notguilty*) y a partir de dicho reconocimiento de culpabilidad, no se realiza el juicio por Jurados y el confeso es sentenciado por su propia confesión. La declaración de culpabilidad no tiene límites, aunque el órgano judicial tiene la facultad de aconsejar al confeso que se retracte, ante la gravedad del delito, para que el tema sea plenamente debatido.

A esta ausencia de limitación de la culpabilidad en el sistema procesal penal inglés se añade también que incluso la policía puede emitir juicios de oportunidad. Actualmente, en Gran Bretaña la policía lleva todo el peso de la investigación, lo que permite cernir dudas sobre su efectiva separación entre investigación y acusación. Organiza localmente, goza de independencia funcional y disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuándo y cómo iniciar el proceso penal, reformado por la *caución* y el *guilty plea*, sin embargo, ahora encuentra ciertos límites a través del *Crown Prosecution Service*, ya que este puede instar a la policía a adquirir más elementos de prueba o incluso puede desistir del ejercicio de la acción sin el consentimiento de aquella, ocupándose de la dirección técnica de la acusación obligatoriamente (ARMENTA 2012 : 28)

3.7.2 Derecho norteamericano

El sistema de la *pleabargaining* o conocido también como *pleanegotiation*, así opera. Una vez conocido la *notitia criminis* y tras una investigación, es designado un juicio o audiencia denominada *arraignment*, en la fase *pre trial*, o sea anterior al debate oral. Tras la lectura de la acusación, se le pregunta al acusado si reconoce su culpabilidad, si niega –*notguilty*– sigue el proceso con

el inicio de un juicio oral *–trial–*, pero si acepta *–pleadign o guiltyplea–* se abre un nuevo juicio denominado *sentencing*, en la cual es aplicada la pena, sin veredicto.

En el sistema de la *pleabargaining* la negociación no tiene límites. El fiscal puede cambiar la calificación jurídica por uno menos grave a cambio de la aceptación de culpabilidad, a ello se denomina *chargebargaining*. Se llama *sentencebargining* cuando se opta por el cumplimiento de una pena menos grave. Si los acuerdos (agreements) alcanzan a la calificación jurídica de los hechos, el tipo de pena y la forma de cumplimiento que puede ser más benigno, se denomina negociación mixta (GIACOMOLLI 2012 :63).

El motivo de esta amplitud en la discreción fiscal puede deberse a una constatación real: se aplica en realidad a menos de un 2 por 100 de la criminalidad en los EE.UU, y porque resulta imposible resolver problemas de criminalidad respetando el sistema, circunstancia que ha conducido *al bargaining* en sus diversas modalidades, como método real en la persecución de los delitos en el país norteamericano (ARMENTA 2012 : 29).

3.7.3 Derecho italiano

La influencia de la *pleabargaining* se hizo notar en Italia, con la Ley N° 689, de 24 de noviembre de 1981, ampliada en el Código de Proceso Penal de 1988.

El artículo 444 del CPPI en su artículo 444 denominada Aplicación de la pena a pedido de las partes: El imputado y el Ministerio Público pueden solicitar al Juez la aplicación, en la especie y cantidad indicada, de una sanción sustitutiva o de una pena pecuniaria, disminuida hasta un tercio, o sea, de una pena cuando ésta, consideradas las circunstancias y disminuida hasta un tercio, no

supera dos años de reclusión o de arresto, sola o en conjunto con la pena de multa.

Se desprende que las partes, mediante consenso, pueden pedir al juez la aplicación de una pena sustitutiva, o bien la pena que esté prevista para el tipo penal, que, disminuida hasta un tercio, no supere a los dos años, solo o en conjunto con la multa, hasta la apertura de la fase final de la presentación de los debates. Este pedido puede evitar tanto la continuación de la investigación, como la fase final de los debates, y habiendo consenso, la sentencia no comporta apelación.

Por consiguiente, existe un control judicial sobre el consenso o sobre el pedido de aplicación de la pena alternativa. El juez estima el pedido siempre que haya congruencia entre los hechos y la pena, y estén presentes los requisitos legales, pues, no ejerce una función meramente *notariale*, debiendo motivar su decisión (GIACOMOLLI 2012 : 209).

3.7.4 Derecho alemán

El archivo puede ocurrir en la fase preliminar, con o sin control judicial, o tras deducción de la persecución acusatoria.

Para su aplicación la ley señala las siguientes condiciones: a) ausencia de un interés suficiente en la persecución penal, ya sea por tratarse de un delito o asunto de poca importancia o de reducida culpabilidad del agente; b) A la satisfacción de determinados presupuestos a fin de que la Fiscalía prescinda provisionalmente de la promoción de la acción penal, estos supuestos pueden ser: pago de reparación del daño a favor del agraviado o de instituciones de

utilidad pública; el interés que pueda tener el Estado, como en los casos de arrepentimiento activo de ciertos delitos contra la seguridad del Estado.

El &153a,(1), 1-3, de StPO establece las siguientes presupuestos: prestación monetaria para reparar los daños causados por el hecho, calculados de acuerdo con las prescripciones del derecho civil; prestación dineraria a una institución pública u otras prestaciones de utilidad publica

Igual que en el sistema italiano, la decisión del Fiscal está sometida a un control judicial, salvo cuando se trata de delito contra el patrimonio ajeno, cuya pena sea inferior a un año y los daños causados fueran ínfimos donde el Fiscal actúa con plena libertad (SÁNCHEZ 2004 : 373).

3.7.5 Derecho francés

En Francia se prevé varios supuestos de aplicación del principio de oportunidad, entre ellos, el sobreseimiento ordinario, junto al desistimiento, cuando en el Código de 1959 en su artículo 40 inc.1 dispone “el Procurador de la Republica recibe las denuncias y aprecia el curso a darles”; ésta fórmula, según la doctrina puede ser interpretada como dando al magistrado el poder de apreciar la oportunidad de persecución (PRADEL 2004 : 306). El fiscal solo puede aplicar en la fase de inicio de la persecución, una vez iniciado ya no puede hacer nada, en respecto o cautela de la independencia de los órganos jurisdiccionales.

Los motivos de abstención del Ministerio Público más frecuentes son:

- i) La víctima ha contribuido, mediante su actitud, a la realización de la infracción o bien se desiste de su querrela.
- ii) El delincuente es una persona honorable ya que ha indemnizado espontáneamente a la víctima.

- iii) El perjuicio es mediocre porque la infracción es menos grave, entonces menos grave son las posibilidades de perseguir.

Para los delitos de cierta gravedad se prevé la mediación el cual según el artículo 41 inc.7 CPP “El procurador de la República puede, previamente a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir de recurrir a una mediación, si considera que tal medida es susceptible de garantizar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin a la perturbación resultante de la infracción y de contribuir a la reintegración del autor de la infracción”. En resumen, este procedimiento supone el acuerdo de todos los interesados, comprendido el Ministerio Público, debiendo precisar que el mediador no es el procurador, sino un tercero neutro e independiente, aun cuando dicha norma no lo prevé así, es decir, la mediación es un procedimiento social bajo control judicial, además de ser una especie de transacción civil (PRADEL 2004 : 313).

3.7.6 Derecho colombiano

Es el único país en Latinoamérica que ha constitucionalizado los criterios de oportunidad, cuando en su parte pertinente del artículo 250 de su Carta Magna señala “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos

por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Y el Inciso 7° precisa: Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

Como señala el artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, las modalidades bajo la cuales se pueden aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia.

Los supuestos por el cual procede aplicar el Principio de Oportunidad son 17 causales. El artículo 324 señala El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
- b) Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
- c) Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
- d) Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

e) Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

f) Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial.

En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

g) Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

h) Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de estese cumpla con las condiciones impuestas.

i) Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

j) Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

k) Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

l) Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

- m) Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
- n) Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- o) Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
- p) Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad cometidos por él mismo o por otras personas.
- q) Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de

acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

La constitucionalización del Principio de Oportunidad a iniciativa y bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación tenía como propósito introducir reformas en el sistema de administración de justicia vigente (ARISTIZABAL 2005 : 31) sin embargo, después de la entrada en vigencia del sistema acusatorio en Colombia, el Principio de Oportunidad no ha tenido la aplicación esperada, no convirtiéndose aún en una válvula de escape del proceso penal (BEDOYA 2010 : 23).

3.7.7 Derecho chileno

En este país se ha incorporado tanto el principio de oportunidad como el acuerdo reparatorio, expresiones que a nuestro entender son de los Criterios de Oportunidad.

El artículo 170 del Código de Procedimiento Penal establece el Principio de oportunidad cuando señala que Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del Ministerio Público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Por su parte el artículo 241° de la acotada norma procesal establece los Acuerdos Reparatorios al señalar que el imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del Ministerio Público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

El Principio de Oportunidad, como señala la doctrina más autorizada y siguiendo a Maier apunta a dos objetivos, la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores

resultados o donde resulten innecesarias, o la eficiencia del sistema penal en aquellas área o hechos en los que resulte indispensable su actuación procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada (LOPEZ y HORVITZ 2002 : 48) mientras que los Acuerdos Reparatorios constituyen salidas alternativas de privatización de la persecución penal -junto a los delitos de acción privada-, donde el ius puniendi se traza como meta también la reparación (LOPEZ y HORVITZ 2002 : 569)

3.7.8 Derecho venezolano

En Venezuela bajo la denominación de Alternativas a la Prosecución del Proceso contempla tanto el Principio de Oportunidad como el Acuerdo Reparatorio en el Capítulo III del su Código Orgánico Procesal Penal de 2012.

En cuanto al principio de oportunidad, según artículo 38, incisos 1, 2, 3 y 4, procede cuando por su insignificancia o poca frecuencia no afecta gravemente el interés público, salvo que el máximo de la pena exceda ocho años de cárcel, o es cometido en el ejercicio de funciones por empleado o funcionario público; también procede cuando la participación del agente es de menor relevancia, y en los delitos culposos cuando el agente ha sufrido las consecuencias resultando desproporcionado la pena a imponerse, y por último, cuando la pena o medida de seguridad carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. Sin embargo, como un supuesto especial procede cuando se trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado o imputada colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado

u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados o imputadas, siempre que la pena que corresponda al hecho punible por el cual se le investiga, sea menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita o continuación evita.

La procedencia del Principio de Oportunidad requiere de la intervención del Juez de control para que el Fiscal pueda prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal, resuelve escuchando previamente al afectado.

En lo que se refiere a los Acuerdos Reparatorios procede, según artículo 41, cuando se trata de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, así como de delitos culposos, de tratarse de varias víctimas pueden celebrarse varios acuerdos.

El trámite es que el Juez convoca a las partes a fin que presten su consentimiento, y con los que no asisten continua el proceso, también se notifica al Fiscal para que opine sobre la viabilidad del acuerdo, es posible solicitar el acuerdo hasta después de formulado la acusación, donde en audiencia se le pregunta a las partes si aceptan o no los cargos, de no ser así se dicta sentencia.

En el caso de cumplimiento diferido en el tiempo, los efectos del acuerdo se suspenden hasta su cumplimiento.

LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL PERÚ

Los Criterios de Oportunidad en el Perú tiene su reconocimiento legal en el artículo 2° del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 30076. Asimismo, para un enfoque global y aplicación actual debemos tener presente además el Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio, año 2018, dado por el Equipo Técnico de Implementación del Código Procesal Penal y aprobado por la Fiscalía de la Nación.

4.1 Descripción legal actual de los Criterios de Oportunidad

El texto actual del artículo 2° es el siguiente:

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:
 - a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.
 - b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.
 - c) 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, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previsto en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.
3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notalmente.
4. Realizada las diligencias prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contengan los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, lo cual no será impugnabile.
5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.
6. 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 y 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) del presente artículo.

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)-, hasta antes de formular acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estos son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.
8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.
9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:
 - a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;
 - b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o 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;
- c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,
 - 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.

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 en que se hubiere promovido acción penal.

4.2 El Principio de Oportunidad

4.2.1 Iniciativa para solicitar el Principio de Oportunidad

Haciendo hermenéutica sobre el dispositivo legal antes descrito podemos señalar que la aplicación del Principio de Oportunidad puede ser solicitado tanto por el imputado así como por el Fiscal cuando el inciso 1 del artículo 2 en su parte pertinente indica “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse”. En cuanto al agraviado, según el texto redactado, no podría petitionar como ocurre, por ejemplo, en el caso del Acuerdo Reparatorio.

Consideramos que de una lectura adecuada del artículo 2° inciso 3 el agraviado también tendría iniciativa para solicitar el Principio de Oportunidad cuando señala, si el agraviado y el imputado “llegan a un acuerdo y este consta en

instrumento público o documento privado legalizado notarialmente”. Será entonces la jurisprudencia que tendrá que desarrollar esta omisión de la ley, sin perjuicio de añadir legalmente esa posibilidad.

Ahora bien, la posibilidad de que el Fiscal, el imputado y el agraviado puedan tener posibilidad de solicitar la aplicación del Principio de Oportunidad resultaría un avance favorable, no sólo al ser autorizado por la propia ley que ha sido modificado el artículo 2° del Código Procesal Penal por Ley N° 30076 que significa además que a partir del 19 de agosto de 2013 sea el Fiscal el imputado o el agraviado pueden postular o requerir la aplicación de este Criterio de Oportunidad, sino que dicha postura va acorde con los fundamentos y finalidades de los Criterios de Oportunidad esbozados ya anteriormente.

4.2.2 El consentimiento

El consentimiento del imputado es un presupuesto básico para la aplicación del Principio de oportunidad. Consentimiento, según la Real Academia Española significa manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

Esta manifestación de voluntad en el Principio de Oportunidad lo tiene que expresar el imputado solo y ante el Fiscal para que precisamente se pueda dar inicio al trámite, la citación a las partes y convocar a una audiencia, y en un segundo momento mantenerlo el día de la audiencia, donde tendrá que manifestar ahora ya de forma expresa, caso contrario no es posible su aplicación. Esta expresión de voluntad es entonces básicamente de parte del imputado, es una decisión unilateral, el cual luego en la audiencia al converger con el interés del agraviado, recién se convierte en bilateral y ahí recién se vincula jurídicamente, antes no.

4.2.3 Supuestos de aplicación

La ley autoriza tres supuestos de aplicación del Principio de Oportunidad, los cuales puede aplicarse de presentarse cualquiera de ellas en forma independiente, no son complementarios o copulativos. Pasemos a desarrollar entonces cada uno de ellos.

4.2.3.1 Falta de necesidad de pena

Esta causal se presenta según el inciso 1 del artículo 2 cuando “el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte innecesaria”.

El supuesto básico para aplicar este supuesto es que el agente haya cometido un hecho delictivo y a consecuencia de ello haya sufrido asimismo una afectación o daño grave, es lo que la doctrina denomina *retribución natural* (BOVINO 1996 : 164) o *poena naturalis* (SAN MARTIN 2003 : 324; ORÉ 2011 :405; SANCHEZ 2004 :379). Si esto ocurre, recién corresponde al Fiscal evaluar lo que la ley exige: que la pena “resulte innecesaria”, es decir, como señala Bovino, coloca el juicio sobre la propiedad de la pena, en el caso concreto, en manos del fiscal. Se pone como ejemplo, cuando un conductor de un automóvil, por imprudencia, provoca las lesiones o la muerte de su propio hijo.

Es de resaltar que para aplicar este supuesto de Criterio de Oportunidad el hecho debe tratarse de un delito, por cuanto de no ser así, no puede optarse por la abstención de la acción penal por no haber delito, sino resolverse el caso por ejemplo con un archivo de tratarse de un caso

atípico o no delictivo.

La actual ley hace la distinción entre delito doloso y culposo, donde en este último caso, no se pone límite en cuanto al extremo máximo de la pena para aplicar esta figura; es decir, es aplicable este supuesto en todos los casos que se presente un delito culposo por cuanto por las penas conminadas que conllevan se trata en general de delitos de mínima o mediana gravedad.

De tratarse de delitos dolosos, la ley, a diferencia de los delitos culposos, pone un límite para su aplicación, que sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. La duda que surge es si ley se refiere a una pena conminada no superior a cuatro años o a una pena concreta.

Un joven autor creemos se decanta por la pena concreta cuando señala que una interpretación que mejor se adecua al fundamento del criterio de oportunidad indica de un pronóstico de sanción superior a los cuatro años de pena privativa de libertad y además porque se pone como límite los cuatro años para conceder la suspensión de la ejecución de la pena en la necesidad de no perjudicar la eficacia preventiva general de la sanción (ANGULO : 130). La doctrina nacional en cambio no se ha pronunciado sobre este aspecto pese a que dicha diferenciación se ha incorporado el 19 de agosto de 2013 mediante Ley N° 30076.

En la práctica fiscal diaria sin embargo cuando se trata de verificar el *quantum* de la sanción, se asume la pena legal o abstracta, y esto basado posiblemente al tomar como referencia lo indicado en el inciso b) que exige que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años, o el inciso c) del artículo 2 que señala expresamente “se trate de un delito

conminado con una sanción superior a cuatro años”, por lo que acudiendo a una interpretación sistemática de los tres supuestos del artículo 2, podemos concluir que el primer supuesto de *retribución natural* o *pena naturalis*, exige para su aplicación una sanción conminada o legal no superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.

En cuanto al ámbito de aplicación, consideramos que no solo se aplica al agente que ha sufrido directamente el daño, sino también a un tercero vinculado a aquel, por cuanto del texto originario de la ley se ha suprimido la frase el “agente haya sido afectado directa o gravemente” y actualmente la ley sólo señala “haya sido afectado gravemente”, y además concordamos también con Sánchez cuando señala que es posible la aplicación de este supuesto cuando simultáneamente se produzca perjuicio a terceros (SANCHEZ 2004 : 380).

Por último, este el único supuesto donde no se exige al agente reparación alguna, por cuanto él mismo ha sido afectado gravemente por un hecho, por lo que coincidimos con San Martín cuando señala que se trata de un principio de oportunidad “puro”, pues cuando es declarado por la Fiscalía no existen condiciones que el imputado deba cumplir (SAN MARTIN 2015 : 262).

4.2.3.2 Falta de merecimiento de pena

Presenta dos supuestos: Delitos de bagatela y Mínima culpabilidad

a. Delitos de bagatela

Haciendo una interpretación del inciso b) del artículo 2 que señala “Cuando se trata de delitos que no afecten gravemente el interés

público (..) se aplicará el Principio de Oportunidad, “salvo cuando el extremo mínimo sea superior a los dos años de pena privativa de libertad”; es decir, en el presente caso, se trata de delitos de escasa o mediana gravedad y para determinar ello, se debe tomar como referencia lo que señala la propia ley: que la sanción legal o conminada en su extremo mínimo no supere los dos años de pena privativa de libertad, porque de ser superior a dicho límite, no será posible su aplicación.

Será posible también su aplicación cuando los delitos no afecten gravemente el interés público el cual, según Armenta Deu citado por Oré, surge cuando la paz jurídica no se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado, y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad (ORÉ 2011 : 407), o precisando mejor, tener presente la prevención general como el modo de comisión del delito, la habitualidad del mismo o razones similares y la prevención especial, como los antecedentes del imputado y todo aquello cuya falta de sanción provocaría previsiblemente la comisión de más hechos delictivos (SAN MARTIN 2003 : 327).

Será posible su concreción en cambio cuando el delito afecte gravemente el interés público, traducidos en la vulneración de bienes jurídicos de la víctima y guiados por política criminal de prevención general y prevención especial de la pena, resulta necesario su persecución penal.

Es posible su no aplicación también cuando el agente que comete el hecho delictivo es funcionario público y además lo realiza en el

ejercicio de su cargo.

Hasta antes de la modificación del artículo 2 por la Ley 30076 dado el 19 de agosto de 2013, se exigía para su aplicación que los delitos por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público; ahora con el texto actual basta que los delitos no afecten gravemente el interés público.

b. Mínima culpabilidad o grado mínimo de ilicitud en el hecho

Este supuesto se presenta según el inciso c) del artículo 2 “cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, se puede apreciar que concurren supuestos atenuantes” es decir, como señala la doctrina, debe presentarse la mínima culpabilidad del agente o grado menor de ilicitud en el comportamiento (ANGULO : 133).

En este supuesto, consideramos que al reformarse con la ley N° 30076 el legislador ha tomado dos decisiones. Una positiva y otra negativa. En cuanto al primero, consideramos que ante la frase lacónica del texto de “Culpabilidad mínima” el cual se ha mantenido hasta el 18 de agosto de 2013, ha sido bueno que se especifique cuándo estábamos ante una culpabilidad mínima, y ello ha sido detallado con la mencionada reforma legal, al indicar los supuestos atenuantes en los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, especificando de manera concreta los supuestos atenuantes de culpabilidad. Sin embargo, en cuanto al segundo, lejos de incentivar o potenciar la aplicación de los Criterios de Oportunidad introduce dos límites para su aplicación, como es que no exista en el hecho interés público gravemente

comprometido, y no se trate de un delito cuya sanción conminada sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad.

Estas incoherencias legislativas como se comprenderá es lo que en el operador del derecho genera confusión, lo que desemboca finalmente en una magra cifra de aplicación de los criterios de oportunidad.

Ahora bien, cuando el legislador consigna o enumera los artículos o numerales de las normas del Código Penal aludiendo como los supuestos atenuantes, cabe advertir cuidado para su aplicación concreta. Así por ejemplo, y tal como hemos desarrollado en este trabajo de investigación, el artículo 14° del Código Penal regula el error de tipo y el error de prohibición, y sólo el error vencible o superable, sea de tipo o de prohibición, se constituye en circunstancia atenuante porque puede permitir reducir al agente la pena o sanción; mientras que el error de tipo o de prohibición invencible o insuperable, excluye la responsabilidad, no constituye delito, por tanto no es posible abstenerse de ejercitar la acción penal por un hecho que no constituye delito, lo que funciona ahí es el archivo directo de la investigación. Igual manejo operativo funciona en el caso del error de prohibición culturalmente condicionado previsto en el artículo 15° del Código Penal.

En el caso de la tentativa previsto en el artículo 16° del Código Penal de igual forma, solo será útil para aplicar la abstención de la acción penal, la tentativa acabada y también la inacabada por constituir una circunstancia más que de mínima culpabilidad, de menor grado de ilicitud en el comportamiento. Pero en el caso de la tentativa inidónea sea por absoluta inidoneidad del medio empleado o impropiedad del

objeto, no es punible la conducta de conformidad con el artículo 17°, y en el caso del arrepentimiento voluntario previsto en el numeral 18° solo será penado cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos, por lo que en todos estos casos debe disponerse el archivo directo de las investigaciones.

En los supuestos de causas de justificación o de inculpación previstas en el artículo 20° y que resulten imperfectas por no concurrir algunos de los requisitos para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, por mandato del numeral 21° del Código Penal se faculta disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, por lo que es posible servirse de estas atenuantes para que el Fiscal pueda abstenerse de ejercer la acción penal.

En el caso de la responsabilidad restringida por la edad previsto en el artículo 22° del Código Penal se aplica sin excepción, y se hace extensivo no solo a los sujetos que comentan delito y cuenten con más de dieciocho (18) y menos de veintiuno (21) años de edad, sino también a los que alcanzan más de sesenta y cinco (65) años de edad. La única exclusión de este beneficio es cuando la propia ley así lo declara, por ejemplo, para los que cometan en forma reiterada delitos de lesiones u homicidio culposo, así como delitos graves como robo agravado, sicariato, tráfico ilícito de drogas, entre otros.

Tratándose de la complicidad, para la abstención de la acción penal opera sólo la complicidad secundaria, por cuanto según el artículo 25° del Código Penal, solo en ese supuesto se disminuirá prudencialmente la pena; mientras que para la complicidad primaria será reprimido con la pena del autor.

Por último, también puede servir para aplicar la abstención de la acción penal, las circunstancias atenuantes genéricas previstas en el artículo 46°, inciso 1, primer párrafo del Código Penal, tales como: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

Es de precisar que en caso de los dos últimos supuestos, a tenor de lo estipulado en el inciso 2 del artículo 2, la aplicación de este Criterio de Oportunidad está sujeto a que el imputado cumpla con reparar previamente el daño y perjuicio ocasionado, será por ello que el profesor San Martín los haya denominado “Principio de Oportunidad bajo condición”.

Por otro lado, si en alguno de los supuestos antes descritos considera el Fiscal suprimir el interés público en la persecución, tiene la facultad de imponer el pago de un monto o importe a favor de una institución social o del Estado; esto es conocido en otros países como Argentina la Suspensión de la persecución penal a prueba; además deberá imponer adicionalmente reglas de conducta previstas para la Reserva del Fallo Condenatorio, como la prohibición de frecuentar determinados

lugares, ausentarse del lugar donde reside, comparecer al juzgado, reparar el daño causado, obligación de someterse a tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol, o de programas laborales o educativos, o tratamientos psicológicos o psiquiátricos; medida que luego el Fiscal solicitará al Juzgado de Investigación Preparatoria su aprobación, el mismo que resolverá previa audiencia de los interesados.

4.2.4 Trámite del Principio de Oportunidad

Del texto de la norma acotada se puede interpretar que existe tres momentos para plantear el Principio de Oportunidad.

4.2.4.1 Trámite pre-fiscal

Es cuando el caso está con denuncia en la Fiscalía o en investigaciones en la Comisaria, y el Fiscal aún no ha emitido ninguna disposición de apertura de diligencias preliminares tal como ordena el 330 inciso 1 del Código Procesal Penal. Es en esas circunstancias que el imputado y la víctima previo acuerdo y plasmado en un documento, pueden presentar ante la Fiscalía el instrumento público o documento privado legalizado notarialmente donde consta el acuerdo. Ante tal supuesto, y verificado el acuerdo y las condiciones de su cumplimiento, el Fiscal procederá a expedir una disposición de abstención, el cual es de carácter inamovible, pues impide que otro fiscal pueda promover u ordenar que promueva acción penal que contenga los mismos hechos, bajo sanción de nulidad.

4.2.4.2 Trámite dentro de la fase fiscal

Si la Fiscalía ha decidido dar inicio a las investigaciones preliminares a tenor del artículo 330 inciso 1 y 334 inciso 2, cuyo plazo es de sesenta (60) días más su prórroga, también es posible, a iniciativa del Fiscal o del propio investigado, promover la aplicación del Principio de Oportunidad.

La Fiscalía con tal propósito, convocará al imputado y al agraviado para la diligencia de acuerdo. La inquietud es cuántas veces puede convocar el Fiscal para dicha audiencia. La ley en el segmento del Principio de Oportunidad no dice nada. No obstante, dentro del acápite del Acuerdo Reparatorio, el inciso 6 segundo párrafo del artículo 2, brinda respuesta, cuando señala si el imputado (debemos entender también que es para el agraviado en virtud del principio de igualdad) no concurre a la segunda citación, o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Es decir, el Fiscal tendrá que citar dos veces a las partes y en fechas diferentes para la diligencia de acuerdo.

Antes de llegado el día de la audiencia, puede presentarse dos situaciones. Si el investigado no se presenta a la primera ni a la segunda citación, el Fiscal aplicando nuevamente el inciso 6 del artículo 2 promoverá acción penal. En cambio, si el agraviado no asiste injustificadamente a las dos citaciones, el Fiscal está facultado a fijar el monto de la reparación civil que corresponda.

Ahora bien, instalado ya la diligencia de acuerdo con presencia del imputado y el agraviado, también puede presentarse varias situaciones. El primero es que si llegan a un acuerdo entre el imputado y el agraviado, esta se deja constancia en acta. El Reglamento precisa que se deben poner de acuerdo respecto al monto de la reparación civil, forma de pago, plazo, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordará.

Otra posibilidad es que si no llegan a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará, el cual no podrá excederse de nueve (09) meses.

La otra situación y que ocurre con más frecuencia es, qué pasa si el agraviado en audiencia no está de acuerdo con el monto de la reparación civil, ¿el Fiscal podrá determinarlo como cuando el agraviado no está presente o no asiste a la audiencia?. La ley en el acápite del Principio de Oportunidad no indica nada.

En ese sentido, acudiendo a una interpretación sistemática de la norma, y a partir de lo previsto en el inciso 7 del artículo 2, donde ante la inexistencia de acuerdo sobre el monto de la reparación civil al Juez se le faculta fijarlo, creemos entonces que a igual facultad, correspondería también al Fiscal fijar el extremo de la reparación civil. El Reglamento no da respuesta tampoco a este tema, por lo que esperamos que la jurisprudencia desarrolle este escollo de la ley.

2.2.4.3 Trámite en fase jurisdiccional

La ley señala que si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento, hasta antes de formularse la acusación.

En el nuevo modelo del proceso penal, la acción penal se tendrá por promovida cuando el Fiscal en virtud del artículo 336 inciso 1, emite la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria

al advertir que se cumple con los presupuestos exigidos por dicha norma, entre ellos que aparezca indicios reveladores de la existencia de un delito. El plazo de la Investigación Preparatoria es de 120 días naturales, prorrogables, y si se trata de investigaciones complejas, es de ocho meses y para organizaciones criminales es de treinta y seis meses, también prorrogable. Además, esta disposición fiscal debe ser comunicada al Juez de Investigación Preparatoria adjuntando copia de la misma.

En ese escenario, las partes (imputado y agraviado) y también el Fiscal de oficio puede instar la aplicación del Principio de Oportunidad. Como quiera que conforme al artículo 339 del Código adjetivo los efectos de la formalización de la investigación preparatoria es la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal y también que el Fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial, el inciso 7 del artículo 2 del citado Código señala que a petición del Ministerio Público y con aprobación del imputado y citación del agraviado, el Juez podrá resolver previa audiencia y dictar en su momento el auto de sobreseimiento, el cual es inimpugnable.

La posibilidad del Juez de Investigación Preparatoria en audiencia es que puede fijar de oficio el monto de la reparación civil cuando no existe acuerdo entre el imputado y el agraviado, y a este último le faculta la ley a impugnar de no estar de acuerdo en este extremo.

4.3. El Acuerdo Reparatorio

4.3.1 Iniciativa para solicitar aplicar el Acuerdo Reparatorio

En principio, este Criterio de Oportunidad es independiente y autónomo a su aplicación del Principio de Oportunidad, tal como se desprende del inciso 6 del artículo 2° del Código Procesal Penal cuando señala “Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio..”.

Ahora bien, haciendo hermenéutica sobre el dispositivo legal antes descrito podemos indicar que la iniciativa para aplicar el Acuerdo Repulatorio puede provenir tanto del imputado, el Fiscal y el agraviado.

El inciso 6 segundo párrafo del artículo 2 indica que el fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrán un acuerdo reparatorio; y esta posibilidad legal de extender al agraviado guarda coherencia con el propio fundamento del acuerdo reparatorio que nace y se basa en el consenso de las partes. Ahora bien, esta iniciativa puede ser escrita o expresada en forma oral ante el Fiscal que conoce el caso.

4.3.2 Supuestos de aplicación

Del texto de la norma procesal podemos indicar que se puede identificar dos supuestos de aplicación, uno taxativo o listado de delitos, y otra de carácter abierto o delito en general.

4.3.2.1 Delitos aplicables para el Acuerdo Repulatorio

En cuanto al catálogo de delitos podemos advertir que a la medida que iba avanzando la reforma procesal, se ha ido incrementando la cantidad de delitos susceptibles de ser aplicados el Acuerdo Repulatorio, lo cual consideramos que es positivo, por cuanto al ser incorporado a nuestro sistema procesal este Criterio de Oportunidad mediante Ley N° 28117 con

fecha 10 de diciembre de 2003 comenzó solo con tres (03) delitos: lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita; incrementándose recién con la Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto de 2013.

Esta decisión legislativa de incorporar catálogo de delitos sin las precisiones de cada supuesto típico resulta sin embargo poco eficaz y no es lo más recomendable muchas veces, peor aún en nuestro país que se caracteriza por un hiperactivismo legislativo donde se utiliza para incrementar o elevar las sanciones con penas severas que al final lo alejan del molde o espíritu de los Criterios de Oportunidad que están diseñados sólo para delitos de mediana o mínima gravedad.

Según los incisos 6 y 8 del artículo 2° del Código Procesal Penal se prevé ahora dieciocho (18) delitos susceptibles de ser aplicados el Acuerdo Reparatorio y no deberían tener ningún problema en su aplicación, y son los delitos previstos y sancionados en los artículos 122 (Lesiones leves), 185 (Hurto simple), 187 (Hurto de uso), 189-A primer párrafo (Hurto de ganado), 190 (Apropiación Ilícita común), 191 (Sustracción de bien propio), 192 (Apropiación irregular), 193 (Apropiación de prenda), 196 (Estafa), 197 (Casos de defraudación), 198 (Administración fraudulenta), 205 (Daño simple) y 215 (Modalidades de libramientos Indebidos) del Código Penal.

También se debe aplicar en casos de delitos de Minería ilegal en las modalidades previstas en los artículos 307-A (Delito de minería ilegal), 307-B (Formas agravadas), 307-C (Delito de financiamiento de minería ilegal), 307-D (Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa) y 307-E (Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal) del Código Penal

No obstante, al ser señalados los delitos sólo a partir de su articulado, debemos entender acudiendo a una interpretación literal de la ley que para su aplicación del Acuerdo Reparatorio se aplica para cada delito en su totalidad; es decir, tanto para su tipo básico como para las circunstancias agravantes, al no diferenciar que cada tipo penal muchas veces tiene una estructura básica o primer nivel punitivo y en otras su forma agravada con penas más elevadas.

Ahora bien, si verificamos la escala punitiva de cada uno de los delitos antes reseñados podemos advertir también que todos superan, sin excepción, la pena conminada de cuatro (04) años de pena privativa de libertad.

Esta técnica legislativa confronta con los fundamentos de los Criterios de Oportunidad y en especial con los supuestos del Principio de Oportunidad que es la otra manifestación de los Criterios de Oportunidad, con los cuales debería guardar los mismos fundamentos y límites, como es los cuatro años de pena privativa de libertad como límite, por cuanto estas están destinadas sólo para delitos de mínima o mediana gravedad. En suma, consideramos que el legislador ha optado por una técnica legislativa defectuosa al no precisar en cada tipo penal la escala punitiva o su tipo base; decisión que precisamente lo que menos busca es potenciar una adecuada aplicación de los Criterios de Oportunidad.

Bajo ese marco normativo incluso no sería absurdo ni descabellado plantear un caso penal solicitando la aplicación del Principio de Oportunidad aduciendo que si bien ese delito no está permitido al tener, por desgracia, una sanción penal igual o superior a ocho de pena privativa

de libertad (el cual es precisamente la pena máxima de los delitos de minería ilegal), pero sí estaría permitido por imperio de la propia ley aplicar un Acuerdo Reparatorio, utilizando para ello una de las formas de la analogía como es el argumento *a pari* que según la doctrina reza: “donde hay la misma razón hay el mismo derecho (RUBIO 2007 : 254). Será entonces pues cuestión de esperar y veremos luego cómo resuelve nuestro derecho vivo que es la jurisprudencia.

Por el momento, y mientras no exista aún todavía reforma legal al respecto, debe aplicarse el Acuerdo Reparatorio en base a los fundamentos y límites de los Criterios de Oportunidad, que para delitos de mediana o mínima gravedad, en este caso, en cuanto a los delitos debe aplicarse a los supuestos del tipo base o su forma simple, mas no a las formas agravadas que en algunos delitos superan los doce (12) años de pena privativa de libertad.

4.3.2.2 Delitos culposos

El otro segmento susceptible de ser aplicado el Acuerdo Reparatorio es en todos los casos de delitos culposos.

La norma acotada en su parte pertinente indica que procede un acuerdo reparatorio 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 afecte bienes jurídicos disponibles.

En el Código Penal vigente se ha identificado los siguientes delitos culposos previstos y sancionados en los artículos 111 (Homicidio culposo),

124 (Lesiones culposas), 273 (Peligro por medio de incendio o explosión), 275 (Peligro por medio de incendio o explosión-circunstancias agravantes), 276 (Estragos especiales), 280 (Atentados contra los medios de transporte colectivo o de comunicación), 281 (Atentado contra la seguridad común), 286 (Contaminación o adulteración de bienes o insumos destinados al uso y consumo humano y alteración de la fecha de vencimiento) 287 (Contaminación y adulteración de alimentos o bebidas y alteración de la fecha de vencimiento), 288 (Producción, comercialización o tráfico de alimentos y otros productos destinados al uso o consumo humano), 288-A (Comercialización ilegal de alcohol), 288-B (Uso de productos tóxicos o peligrosos), 288-C (Producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales), 289 (Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa), 304 último párrafo (Contaminación del ambiente), 306 penúltimo párrafo (Incumplimiento de las normas relativos al manejo de residuos sólidos), 307-A último párrafo (Minería ilegal), 330 último párrafo (Revelación de secretos nacionales), 331 último párrafo (Espionaje), 387 último párrafo (Peculado culposo) y 414 (Favorecimiento a la fuga).

En los delitos antes descrito es posible aplicar de forma directa por parte del Fiscal el Acuerdo Reparatorio.

Ahora bien, la norma pone un primer límite cuando señala, no rige esta regla cuando existe pluralidad importante de víctimas. Al respecto la norma bajo hermenéutica no precisa cuándo estamos ante una pluralidad de víctimas y el Reglamento 2018 tampoco brinda mayor dato, falencia que no favorece para una adecuada aplicación, tanto más aún cuando la acotada norma exige incluso una pluralidad *importante* de víctimas.

En el Derecho penal sustantivo cuando se tipifica el delito de Estafa por concurrencia de víctimas para ser agravado el artículo 196°-A del Código Penal hace alusión a una *pluralidad* de víctimas, con lo cual debemos entender una cifra superior a los cinco o seis víctimas, en todo caso será el derecho vivo el que nos dará una pauta a seguir.

Otro límite que impone la ley procesal es cuando el delito culposo esté en concurso con otro delito, y será dificultoso su aplicación si nos encontramos ante un caso de concurso ideal de delitos el cual según el artículo 48° del Código Penal el hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave; peor aún, de tratarse del concurso real de delitos donde a tenor del artículo 50° las penas se suman hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave.

No obstante, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema a través de la Casación N° 437-2012 San Martín precisando que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante, estima que en casos de Acuerdo Reparatorio no es posible aplicar el concurso real, dado que por su naturaleza jurídica (Convenios de carácter consensual) y finalidad (como figuras alternativas, es una forma de autocomposición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económico que, de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado, catalogado en una norma como delito) que persigue el Acuerdo reparatorio, en caso de su postulación en el que se presente un concurso de delitos no cabe aplicar la fórmula legal establecida en el artículo 50° del Código Penal, en tanto, su ámbito recae en la agravación de la pena mientras el Acuerdo Reparatorio persigue la solución de conflictos en términos de satisfacción de intereses de la víctima tales como

restitución del bien jurídico protegido, reparación del daño o indemnización correspondiente sin perjuicio de las medidas de no repetición.

Debemos añadir también que a partir del texto de la propia norma acotada, también es posible su aplicación cuando el segundo delito (es de entender diferente al culposo) es de menor gravedad, o cuando este último ilícito penal afecte bienes jurídicos disponibles como, por ejemplo, el patrimonio, el honor o la reputación, entre otros.

4.3.3 Trámite del Acuerdo Reparatorio

De la norma acotada se puede colegir que existe tres momentos para instar el Acuerdo Reparatorio.

4.3.3.1 Trámite pre-fiscal

Es cuando el caso está con denuncia en la Fiscalía o en investigaciones en la Comisaria, y aun no existe pronunciamiento del Fiscal para el inicio de las investigaciones. En tales circunstancias y antes de acudir a la audiencia, en virtud del inciso 7 del artículo 2, el imputado y la víctima previo acuerdo y plasmado en un documento, pueden presentar ante la Fiscalía el instrumento público o documento privado legalizado notarialmente donde consta el acuerdo. Ante tal supuesto, y verificado el acuerdo y las condiciones de su cumplimiento, el Fiscal procederá a expedir una disposición de abstención, el cual es de carácter inamovible, pues impide que otro fiscal pueda promover u ordenar que promueva acción penal que contenga los mismos hechos, bajo sanción de nulidad.

4.3.3.2 Trámite dentro de la fase fiscal

Si la Fiscalía ha decidido dar inicio a las investigaciones preliminares a tenor del artículo 330 inciso 1 y 334 inciso 2, cuyo plazo es de sesenta (60) días más su prórroga, también es posible, a iniciativa del Fiscal, del investigado y del agraviado, promover la aplicación del Acuerdo Reparatorio.

La Fiscalía con tal propósito, convocará al imputado y al agraviado para la diligencia de acuerdo. Para tal efecto se citará a las partes para dos fechas diferentes.

Antes de llegado el día de la audiencia, puede presentarse dos situaciones. Si el investigado no se presenta a la primera ni a la segunda citación, el Fiscal de conformidad con el inciso 6 del artículo 2 promoverá acción penal. En cambio, si el agraviado inasiste injustificadamente a las dos citaciones, el Fiscal está facultado a fijar el monto de la reparación civil que corresponda.

Ahora bien, instalado ya la diligencia de acuerdo con presencia del imputado y el agraviado, también puede presentarse varias situaciones. El primero es que si llegan a un acuerdo entre el imputado y el agraviado, se deja constancia en acta. El Reglamento precisa que se deben poner de acuerdo respecto al monto de la reparación civil, forma de pago, plazo, el o los obligados, y cualquier tipo de compensación, si correspondiera y así se acordará.

Otra posibilidad es que si no llegan a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará, el cual no podrá excederse de nueve (09) meses.

La otra situación y que ocurre con más frecuencia es, qué pasa si el agraviado en audiencia no está de acuerdo con el monto de la reparación civil. En este caso, como ya señalamos, el inciso 7 del artículo 2, señala que ante la inexistencia de acuerdo sobre el monto de la reparación civil al Juez se le faculta fijarlo, creemos entonces que a igual facultad, correspondería también al Fiscal fijar el extremo de la reparación civil.

4.3.3.3 Trámite en fase jurisdiccional

La ley señala que si la acción penal hubiera sido ya promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento, hasta antes de formularse la acusación.

En el nuevo modelo del proceso penal, la acción penal se tendrá por promovida cuando el Fiscal en virtud del artículo 336 inciso 1, emite la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria al advertir que se cumple con los presupuestos exigidos por dicha norma, entre ellos que aparezca indicios reveladores de la existencia de un delito. El plazo de la Investigación Preparatoria es de 120 días naturales, prorrogables, y si se trata de investigaciones complejas, es de ocho meses y para organizaciones criminales es de treinta y seis meses, también prorrogable. Además, esta disposición fiscal debe ser comunicada al Juez de Investigación Preparatoria adjuntando copia de la misma.

En ese escenario, las partes (imputado y agraviado) y también el Fiscal de oficio puede instar la aplicación del Principio de Oportunidad. Como quiera que conforme al artículo 339 del Código adjetivo los efectos de la formalización de la investigación preparatoria es la suspensión del curso de

la prescripción de la acción penal y también que el Fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial, el inciso 7 del artículo 2 del citado Código señala que a petición del Ministerio Público y con aprobación del imputado y citación del agraviado, el Juez podrá resolver previa audiencia y dictar en su momento el auto de sobreseimiento, el cual es inimpugnable.

Existe la posibilidad de que el Juez de Investigación Preparatoria en audiencia puede fijar de oficio el monto de la reparación civil cuando no existe acuerdo entre el imputado y el agraviado, y a este último le faculta la ley a impugnar de no estar de acuerdo en este extremo.

En la realidad se ha presentado un caso donde el imputado por un delito de Lesiones culposas graves y Fuga del lugar de accidente de tránsito, presentó el acuerdo reparatorio contenido en documento privado con firmas legalizada directamente ante el Juez de Investigación Preparatoria, solicitando el sobreseimiento de su caso, el mismo que en audiencia desestimó el pedido del imputado, alegando que un imputado no está legitimado para requerir el sobreseimiento de la causa, si no es el Fiscal, ante lo cual, la referida Casación N°437-2012 San Martín ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que el imputado sí puede postular de forma directa ante el Juez de Investigación Preparatoria el acuerdo reparatorio, el cual debe ser trasladado necesariamente al Fiscal Provincial para que con su opinión de conformidad u oponibilidad, y sin necesidad de audiencia, el Juez pueda resolver homologando el acuerdo.

El Reglamento añade tanto para el principio de Oportunidad como para el Acuerdo Reparatorio que en el acta donde se aplica estos Criterios de Oportunidad deberá fijarse el apercibimiento expreso de ejercitar la acción

penal, en caso de incumplimiento de algunos de los extremos del acuerdo arribado.

Asimismo, si se establece que la forma de pago será mediante depósito judicial, la parte agraviada solicitará al Fiscal la entrega de los certificados por concepto de reparación civil, el cual el Fiscal procederá a endosar el respectivo certificado. En caso de las consignaciones a favor del Ministerio Público, el fiscal procederá a endosar el certificado a favor de la gerencia de tesorería de la Gerencia Central de Finanzas del Ministerio Público.

En caso de imposibilidad de un depósito bancaria inmediato, el Fiscal podrá mantener en custodia el monto de la reparación civil para efectuar el depósito en el más breve plazo.

Por último, en cuanto a la custodia de los certificados por las consignaciones de las Fiscalías de Lima se deben remitir en forma mensual a la gerencia de tesorería y de los demás distritos será en el mismo plazo pero a través del Administración del distrito fiscal.

4.4 Causales de improcedencia de los Criterios de Oportunidad

Las causas de improcedencia de los Criterios de Oportunidad están sustentadas básicamente en dos aspectos: circunstancias agravantes calificadas como la reincidencia y la habitualidad, y la reiterancia en la aplicación de los criterios de oportunidad.

Se es reincidente conforme establece el artículo 50-B del Código Penal cuando el que después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, en un lapso que no excede de cinco años. También cuando después

de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años

La reiterancia está referida a que por lo menos el sujeto se haya acogido a uno de los Criterios de Oportunidad por dos veces sea en un tiempo determinado, o por no haber cumplido el pacto estipulado.

En tal sentido, podemos señalar que el inciso 9 del artículo 2° concordado con el artículo 9 del Reglamento contempla cuatro causas de improcedencia y son las siguientes:

- No procede la aplicación del Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio cuando el imputado tenga la condición de reincidente o habitual;
- Cuando el imputado, se haya acogido y cumplido el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio en dos ocasiones, y se trate de delitos de la misma naturaleza o que atente el mismo bien jurídico, no resulta procedente una tercera aplicación dentro de los cinco años desde la última Disposición de abstención de la acción penal; por lo que, al término de dicho plazo, sí procederá su aplicación;
- Cuando el imputado, se acogió y cumplió con el Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio y haya cometido nuevo delito dentro de los cinco años, computándose este plazo desde la Disposición de abstención de la acción penal hasta la comisión del nuevo delito; por lo que, al término de dicho

plazo, sí procederá su aplicación;

- Cuando se hubiera acogido con anterioridad al Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados, no procederá una nueva aplicación.

1.4 INVESTIGACIONES

La búsqueda de información relacionada con nuestro tema de investigación se centró en las siguientes fuentes: libros, artículos de publicaciones seriadas y tesis.

Libros y artículos de revistas

La revisión de estas fuentes ha tenido como objetivo ubicar textos que aborden principalmente las siguientes materias: el contenido del Medidas o salidas alternativas al conflicto penal y, en especial los Criterios de Oportunidad. Buena parte de estas fuentes fue ubicada en la Biblioteca de la Escuela de Posgrado de la Universidad Inca Garcilaso y Unidad de Postgrado de Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en diversas páginas web que contienen textos completos de libros y revistas.

Sobre el contenido de los Criterios de Oportunidad lo que más existe son artículos del derecho comparado. A nivel nacional la literatura es casi inexistente. Si bien existen trabajos sobre Derecho Procesal Penal, la referencia en estos al análisis del citado Criterio en sus nuevos alcances y límites a partir de modificaciones legislativas es escasa.

Tesis

No se encontraron identificadas tesis nacionales sobre Criterios de Oportunidad, solo dos uno a nivel nacional sobre Acuerdo Reparatorio y otro internacional sobre el Principio de Oportunidad, con temáticas precisas y limitados, que a continuación se desarrolla:

- En Perú, Hurtado (2010) en su tesis Causas que no permiten una cabal aplicación de los Acuerdos Reparatorios en el distrito judicial de Huaura sustentada en la Universidad San Marcos llega a las siguientes conclusiones:

En la etapa de la investigación preliminar se debe analizar la problemática y contribuir al perfeccionamiento de aplicación de los acuerdos reparatorios; también perfeccionar en la etapa de investigación preparatoria, intermedia y propone aplicar en el juzgamiento.

Presenta una debilidad, acude sólo al método dogmático positivo para, ignorando sus fundamentos constitucionales y de política criminal, además su radio de acción es limitado, sólo aplica a 10 su cuestionario como instrumento de investigación, para concluir que no se aplica los acuerdos reparatorios en el distrito judicial de Huaura, debido a la falta de preparación del personal fiscal sobre las técnicas de negociación penal, a la resistencia de los abogados y justiciables, a la ausencia de mecanismos para garantizar su ejecutabilidad y a la posibilidad de reapertura del proceso penal, el cual determina su escasa aplicación.

- En Chile, Alejandra Gaete Andrade con su tesis El Principio de Oportunidad en la reforma procesal penal, para optar el grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Talca, año 2005, llega a las siguientes conclusiones:

Concluye primero ante la carencia de material bibliográfico sobre el principio de oportunidad recurrió analizar previamente los fundamentos del principio de legalidad y a partir de su problemática que plantea, afirma que como solución está el principio de oportunidad.

Analiza el principio de oportunidad, su marco conceptual, naturaleza jurídica, fundamentos y efectos derivados de su aplicación.

Como conclusión arriba a que si bien el fundamento de la dogmática jurídico penal ha de ser la política criminal, el principio de oportunidad debe encontrar también ahí su fundamento como última ratio del Derecho penal; además sentimientos de inseguridad en la población, inflación y colapso del sistema de administración de justicia en Chile favorecen la aplicación del principio de oportunidad, buscando la eficacia y eficiencia en la administración de justicia penal que debe ser de carácter orgánico y funcional; finalmente lo que pretende es un cambio de mentalidad en la ciudadanía, un poco de sacrificio en seguridad jurídica para el logro de importantes objetivos de política criminal, como la descriminalización, despenalización y eficacia en la administración de justicia penal.

La debilidad del presente estudio es que a pesar que en Chile existe el Acuerdo Reparatorio como otra expresión de los Criterios de Oportunidad, no se analiza para nada al respecto, además carece de material empírico el estudio; en lo dogmático tiene alcances importantes.

Estando a lo descrito, nuestro trabajo constituye uno de los primeros esfuerzos realizados a nivel nacional para analizar y evaluar los Criterios de Oportunidad, esto es el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, así como sus presupuestos comunes, diferencias y límites de dicha institución.

1.5 MARCO CONCEPTUAL

Según la doctrina especializada el marco teórico y en especial el marco conceptual implica exponer la perspectiva de análisis, las teorías, las investigaciones y los antecedentes que se consideran válidos y necesarios para perfilar el estudio. Comprende dos etapas: a) la revisión de la literatura existente y, b) el desarrollo de una perspectiva teórica o la adopción de una teoría en particular (Hernández, Fernández y Baptista 2006 : 65).

Como premisa para el desarrollo del marco teórico, corresponde señalar que este trabajo de investigación se ubica en el campo de los estudios de Derecho, en particular de las ramas denominadas Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Parte General, cuyo objeto de estudio, respectivamente, son el conjunto de normas que regulan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, principios e instituciones que rigen el proceso penal y el conjunto de normas jurídicas creadas para hacer frente a la criminalidad. Entre esos contenidos se encuentra los Criterios de Oportunidad vinculados a temas de Derecho Penal como salida rápida del proceso penal. Esta tesis, por tanto, refleja la importancia de conocer aspectos relacionados con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y sus límites o salidas tales como los Criterios de Oportunidad, así como su importancia en evaluar sus presupuestos en clave de buscar su eficacia y lograr los fines que se propone.

- **Oportunidad**, según Maier 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 no menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales (MAIER 2002 : 836).

- **Principio de Oportunidad**, según San Martín, es aquel mediante el cual, en aparente contraposición al principio de legalidad –su par dialéctico-, se autoriza al fiscal optar entre promover el ejercicio de la acción penal o abstenerse de hacerlo, archivando el proceso cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito. Permite elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza (SAN MARTÍN 2015 : 260).
- **Acuerdos Reparatorios**, según Horvitz y López, consiste esencialmente en un acuerdo entre el imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal (HORVITZ y LÓPEZ 2002 : 568).
- **Teoría general del delito**, reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Esta tiene como objetivo más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario (MIR PUIG 2012 :136).
- **Consecuencias jurídicas del delito**, forma parte del Derecho penal parte general que estudia el sistema de penas, su determinación cualitativa y cuantitativa, las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas o las medidas alternativas a la pena privativa de libertad de corta duración.

- **Delito**, según la doctrina, es toda conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2004 :203).

- **Acción**, nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión (Diccionario penal jurisprudencial).

- **Tipicidad**, cuando una acción reúne los requisitos señalados en un tipo penal, se dice que es una acción típica. Se habla de tipicidad como característica de la acción de adecuarse a un tipo legal. A la acción legislativa de elaborar un tipo legal, se designa con el término tipificar (HURTADO 2011 : 397)

- **Antijuricidad**, significa contradicción con el derecho. La conducta típica tiene que ser confrontada con los valores provenientes de todo el ordenamiento jurídico. Sólo producto de la graduación de valores de la antijuricidad, se decide definitivamente si el hecho es antijurídico o conforme a derecho, si es que contradice o no al ordenamiento jurídico en su conjunto (VILLAVICENCIO 2006 :529).

- **Culpabilidad**, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma (BACIGALUPO 2004 : 395).

- **Tentativa**, son aquellos actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación, así pues el comienzo de la ejecución

típica del delito y su no consumación representan sus límites (VILLAVICENCIO 2006 : 421).

- **Cómplice primario**, conocida también como necesaria, esta se da cuando el sujeto es indispensable para que se pueda realizar el delito (BRAMONT-ARIAS 1998 : 175)
- **Cómplice secundaria**, también llamado no necesaria, cuando la contribución del individuo es indistinta, es decir, no es indispensable (BRAMONT-ARIAS 1998 :175)
- **Instigador**, o inductor es aquel que determina consciente e intencionalmente a otra persona a cometer un delito, pero sin participar en su ejecución porque, de lo contrario, pasaría de la calidad de instigador a la de autor (BRAMONT-ARIAS 1998 : 172)
- **Sistema de penas**, viene a ser el conjunto de penas o sanciones establecidas en un Código Penal, en el caso del Perú en el vigente Código Penal de 1,991 contiene cuatro clases de penas: privativa de la libertad, restrictiva de libertad, limitativas de derechos y multa.
- **Pena privativa de libertad**, según Prado, estas sanciones afectan la libertad ambulatoria del condenado y determinan su ingreso y permanencia en un Centro Carcelario, pueden ser de dos tipos, pena privativa de libertad temporal cuya duración se extiende de 02 días hasta un máximo de 35 años, y una pena de carácter atemporal que es la Cadena Perpetua, la cual es de duración indeterminada (PRADO 2000 : 48)

- **Pena restrictiva de la libertad**, bajo esta denominación el legislador previo en el actual Código las penas de expatriación de nacionales –hoy derogado-, y expulsión de extranjeros. Con esta denominación, demasiado vaga, se trató de abarcar la característica común a ambas penas: limitación a la libertad de residir, permanecer y desplazarse por el territorio nacional (HURTADO y PRADO 2011 : 268).

- **Pena limitativa de derechos**, estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación (PRADO 2000 : 62)

- **Multa**, es una pena pecuniaria y afecta al patrimonio económico del condenado. Implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o partícipe de un hecho punible (PRADO 2000 : 53).

- **Responsabilidad penal restringida**, es una circunstancia atenuante que permite al momento de medir la sanción penal disminuir la condena; en el caso del artículo 21 del Código Penal (causas de justificación incompletas) su aplicación es facultativa, mientras de tratarse de los supuestos del numeral 22 (por la edad del agente) es obligatoria la disminución de la sanción penal.

- **Pena abstracta**, pena básica o pena tipo el cual es fijada por el legislador para cada delito que contempla nuestro Código penal.

- **Pena concreta**, es la que el juez individualiza o modula en el caso en concreto, tomando en cuenta las circunstancias agravantes, atenuantes y/o mixtas.

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1 Descripción de la realidad problemática

Al iniciar el siglo XXI se ha hecho evidente y generalizado reflexionar sobre la ineficiencia del sistema de administración de justicia, como la excesiva carga procesal, la inoperancia judicial para enfrentarla a partir muchas veces de su estructura orgánica, la cual ha suscitado propuestas de una reforma profunda de todo el sistema punitivo.

La crisis de la justicia penal se refleja en la lentitud, ausencia o escasez de garantías y la ineficiencia del procesal penal, que compromete eso sí, no sólo el ámbito procesal penal sino también a partir de la propia configuración constitucional y también desde el ámbito penal, siendo una de ellas, incoherencias legislativas como implantar desde el Derecho Penal el incremento de conductas para tipificarlos como delitos, así como elevar los márgenes de penas de muchos delitos y, por otro lado, desde el ángulo procesal penal, establecer mecanismos aceleratorios o salidas alternativas del proceso penal, tales como el proceso

inmediato, terminaciones anticipadas, colaboración eficaz, criterios de oportunidad, entre otros.

A partir de esta última opción legislativa de buscar políticas de aceleramiento procesal se encuentra precisamente los Criterios de Oportunidad como el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, figuras propias del nuevo modelo de proceso penal instaurado en nuestro país.

Ahora bien, el legislador nacional ha optado poner en vigencia el nuevo modelo del Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 957 a partir del año 2004 en forma progresiva, no obstante los Criterios de Oportunidad, en especial el Principio de Oportunidad se encuentra vigente desde el año 1991 con el Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 638, lo que significa que dicha institución tiene vigencia en nuestro país hace más de 25 años.

Es, entonces a partir de ese dato temporal *in extenso* que ha generado preocupación académica en conocer cuáles el nivel de la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad en casos donde según sus presupuestos permiten aplicar, tanto más cuando a través de estos años se ha verificado que desde los operadores llamados a aplicar, como es el Ministerio Público, no sólo hubo preocupaciones institucionales como crear Fiscalías Especializadas, sino también políticas normativas al emitirse sendas resoluciones con el propósito de alentar su aplicación del Principio de Oportunidad, no siendo suficiente incluso cuando desde el ámbito legislativo hubo también cambios y propuestas legales que no sólo han modificado la estructura y alcances de los Criterios de Oportunidad, sino la incorporación de los Acuerdos Reparatorios, así como casos o supuestos de improcedencia de ambos supuestos denominados Criterios de Oportunidad.

En ese marco, postulamos que el adecuado o poco dominio del Derecho penal general y en específico la Teoría del Delito y las Consecuencias Jurídicas del Delito constituirían uno de los déficits de los Fiscales penales en la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

2.1.2 Antecedentes teóricos

El nuevo modelo de proceso penal propuesto por el Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 957 ha sido puesto en vigencia en forma progresiva, no obstante los Criterios de Oportunidad, en especial el Principio de Oportunidad, se encuentra vigente desde el año 1,991 con el Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo N° 638, lo que significa que dicha institución tiene vigencia en nuestro país desde hace más de 25 años, y es entonces a partir de ese dato temporal *in extenso* y además a través de estos años se ha verificado que desde la institución llamada a aplicar, como es el Ministerio Público, no sólo hubo preocupaciones institucionales como crear Fiscalías Especializadas, sino también políticas normativas al emitirse sendas resoluciones con el propósito de alentar su aplicación del Principio de Oportunidad, y también desde el ámbito legislativo hubo cambios y propuestas incorporándose los Acuerdos Reparatorios y supuestos de improcedencia, no obstante todo ello, ha generado preocupación académica en conocer cuál es la tasa o nivel de aplicación de estos Criterios de Oportunidad.

Los Criterios de Oportunidad no sólo en la doctrina se encuentra bien definido, sino también tiene finalidades y características, y cuenta con fundamentos, y a partir de los dos modelos existentes, el Perú ha optado por el sistema reglado. Así pues, constituyéndose en una importante institución procesal penal, para su aplicación requiere, no obstante, como toda categoría procesal, del derecho penal sustancial, en este caso de la teoría del delito y de las consecuencias jurídicas del delito.

Es sobre esta temática que no hemos encontrado mayor información al respecto; y sobre lo que existe, plantean parcialmente el tema, el Acuerdo Reparatorio en el Perú concretamente de Hurtado Poma una investigación realizada en el distrito Judicial de Huaura y otra en Chile de corte dogmático planteado por Gaete Andrade sobre el Principio de Oportunidad; por lo que modestamente proponemos un enfoque más integral sobre la problemática de los Criterios de Oportunidad.

2.1.3 Definición del problema

Para plantear el problema de investigación se deben tener presente tres elementos relacionados entre sí: el objetivo de la investigación, las preguntas de la investigación y la justificación del estudio (Hernández, Fernández y Baptista 2016 : 47). En tal sentido, la pregunta central de la investigación es la siguiente:

2.1.3.1 Problema general

¿De qué manera el conocimiento sobre Derecho penal parte general incide en la aplicación de los Criterios de Oportunidad?

2.1.3.2 Problemas secundarios

a) ¿De qué manera el conocimiento sobre Teoría del Delito incide en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad?

b) ¿De qué manera el conocimiento sobre Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito incide en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad?

2.2 FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1 Finalidad

La finalidad de la presente investigación radica en establecer criterios para una eficaz y eficiente aplicación de los Criterios de oportunidad a partir del conocimiento cabal de la Teoría del Delito y de las Consecuencia Jurídicas del Delito, incluidas la reparación civil, cuyos contenidos son suministrados por la legislación, doctrina y jurisprudencia.

2.2.2 Objetivo

General:

Verificar en los operadores del Derecho como son los Fiscales Provinciales Penales el nivel de conocimiento sobre Derecho penal general y la incidencia en la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

Específicos:

- Verificar el nivel de conocimiento de la Teoría del Delito en la aplicación de los Criterios de Oportunidad
- Contrastar el nivel de conocimiento de los Fiscales de las Consecuencias Jurídicas del Delito y su incidencia en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad, en tanto constituye uno de los mecanismos de solución temprana de imputaciones penales.

Estos objetivos se enmarca dentro de los criterios que deben ser observados para plantear un problema de investigación, cuales son: i) la exigencia de dos o más variables, y, ii) la posibilidad de prueba empírica (Hernández, Fernández y Baptista 2006 : 46).

2.2.3 Delimitación del estudio

2.2.3.1 Espacial

La presente investigación se desarrolla en el Distrito Fiscal de Lima y Callao.

2.2.3.2 Temporal

Comprende la investigación el período durante el año 2,018.

2.2.3.3 Social o personal

Se ha trabajado y coordinado con los Fiscales Provinciales Penales del Distrito Fiscal de Lima y Callao.

2.2.4 Justificación e Importancia del Estudio

2.2.4.1 Justificación

Para explicar la justificación del estudio seguiremos los siguientes criterios: la conveniencia del estudio, su relevancia social, las implicancias prácticas, el valor teórico y la utilidad metodológica (Hernández, Fernández y Baptista 2006 : 51).

a) Conveniencia del estudio

En las últimas décadas se ha desarrollado un particular interés por parte de los Estados en adoptar modelos procesales orientados a buscar salidas rápidas a los conflictos penales. Entre tales medidas se encuentra los Criterios de Oportunidad como el Principio de Oportunidad y Acuerdos Reparatorios y el establecimiento de mecanismos orientados a descongestionar la carga procesal y

poner de relieve a la víctima dentro del proceso penal. En el caso peruano, se ha puesto en vigencia en el año 1991 y existe preocupación por su tasa de aplicación debido, al parecer, a su desconocimiento y también de temas penales y pese a adoptarse medidas, no se refleja en resultados, lo que nos plantea si resulta eficaz su aplicación para el descongestionamiento de la carga procesal y proteger a su vez los intereses de la víctima.

La inquietud académica por estudiar este tema surgió como consecuencia de una revisión preliminar de los datos estadísticos del Ministerio Público respecto a su nivel de aplicación, a propósito de diversas actividades docentes y miembro activo de dicha institución, que permitió identificar problemas relacionados con el uso de dicha herramienta procesal y la descarga procesal, los que se vuelven más grave si tomamos en cuenta que se adoptaron medidas constantes a fin de lograr una ascendente aplicación de dicha institución.

En consecuencia, la utilidad de la investigación puede ser vista desde dos ámbitos. En primer lugar, plantearnos como tema fundamental el contenido de la Teoría del Delito y de las Consecuencias Jurídicas del Delito. En segundo verificar el manejo adecuado de estas categorías penales por parte de los Fiscales en la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

b) Relevancia social

Los Criterios de Oportunidad tendrían cobertura constitucional al formar parte como contenido implícito del modelo de Estado social

y Democrático de Derecho, en su expresión de mínima intervención del Derecho penal, así como en el principio de proporcionalidad y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder de la Organización de las Naciones Unidas suscritas en 1985. Dado este doble carácter, debe ser objeto de una adecuada aplicación para el logro de una auténtica justicia acorde al modelo de proceso penal adoptado.

La importancia de esta institución se ve reforzada, además, por la invocación que puedan hacer no sólo el titular del ejercicio público de la acción penal, sino también los imputados, omitiendo la ley sin razón alguna a las víctimas, para su aplicación. Ante ello, la posibilidad de evitar o reducir los conflictos penales, con una adecuada aplicación de dicha herramienta procesal, no puede de manera ligera ser descartada, aunque para ello se hace necesario evaluar las verdaderas razones que impiden que en los hechos esto ocurra, en gran medida por temas de interpretación de categorías jurídicas penales en el desarrollo de las investigaciones preliminares y hasta judiciales.

c) Implicancias prácticas

La evaluación sobre el nivel de aplicación de los casos de Criterios de Oportunidad a partir de manejo adecuado de las categorías dogmáticas del Derecho penal general tiene una importante implicancia práctica. Si dicha institución procesal no resulta efectivos e idóneos, en clave de descongestión descarga procesal, cabe concluir que dicha situación vacía de contenido lo que

significa el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, así como la actuación procesal de las víctimas que el nuevo modelo de proceso busca relieves su rol.

Por eso, este trabajo pretende identificar los problemas presentes en la aplicación del Principio de Oportunidad para concluir que se está ante una verdadera institución que buscan salidas alternativas al proceso penal y poner de manifiesto principios constitucionales como la de mínima intervención del derecho penal. En caso afirmativo, se plantearán recomendaciones para que tal situación pueda ser revertida, sea a través de modificaciones normativas o de cambio en la forma en que los operadores del derecho aplican Criterios de Oportunidad.

d) Valor teórico

En el Perú, son pocos los trabajos de investigación que analizan el desarrollo y aplicación de Criterios de Oportunidad, a partir del cual se deduzcan los aspectos positivos o negativos sobre dicha institución. En consecuencia, consideramos que nuestro trabajo podría servir de referencia para el desarrollo de posteriores investigaciones en una línea similar de análisis, que como referencia no sólo el estudio de la legislación procesal (aspecto formal) sino también la evaluación concreta sobre el nivel de aplicación en la realidad, a partir de las estadísticas y casos resueltos por los operadores fiscales.

e) Utilidad metodológica

Este trabajo ha sido realizado en base a un método que no es extraño en el campo de la investigación jurídica, pero que sí resulta novedoso en el ámbito de las investigaciones nacionales sobre el Análisis documental y de las Encuestas a través de los Cuestionarios con un enfoque dogmático penal y procesal penal. Si bien su objetivo central es el análisis de la efectividad de los Criterios de Oportunidad, ésta investigación puede servir de referencia para trabajos que se realizan más adelante sobre dicha institución procesal para incorporar mayores posibilidades de actuación de la víctima del delito en las salidas alternativas o aceleramiento del proceso penal.

2.2.4.2 Importancia

La importancia de la investigación radica en que conociendo las causas de aplicación de los Criterios de Oportunidad los fiscales aplicarán con mayor rigor jurídico dicha institución procesal que a la postre representa una salida temprana de imputaciones penales y que favorecerá la descarga procesal y una adecuada reparación civil a las víctimas del delito.

2.3 HIPÓTESIS Y VARIABLES

En términos generales, las hipótesis nos indican lo que estamos buscando o tratando de probar y pueden definirse como "explicaciones tentativas del fenómeno investigado formuladas a manera de proposiciones" (Hernández, Fernández y Baptista 2006 :122).

2.3.1 Supuestos teóricos

Partimos de la premisa que el conocimiento de parte de los fiscales sobre Teoría del Delito y de las Consecuencias Jurídicas del Delito debe evidenciarse su dominio antes de acudir o aplicar los Criterios de Oportunidad en clave de eficiencia y eficacia.

Los Criterios de Oportunidad vienen aplicándose hoy día de manera magra el cual se evidencia en los epígrafes de las leyes como “Ley que agiliza el procedimiento de abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público”, o “Ley de celeridad y eficacia procesal penal”, aunado a los varios Reglamentos dados por el Ministerio Publico que plantean cambios continuos de reforma en procura de una adecuada aplicación de los Criterios de Oportunidad, y ello consideramos debido a la falta o poco dominio en la interpretación de instituciones penales como Teoría del Delito y de las Consecuencias Jurídicas del Delito, razón por la cual formulamos la siguiente hipótesis.

2.3.2 Hipótesis Principal y Específicos

En atención a la premisa planteada y a partir de los objetivos y las preguntas de investigación que hemos establecido, nuestra hipótesis de trabajo es la siguiente:

2.3.2.1 Hipótesis general

El conocimiento sobre Derecho penal general incide directamente en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad.

2.3.2.2 Hipótesis específicas

- a) El conocimiento de Teoría del Delito incide directamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad.
- b) El conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito incide directamente en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad.

2.3.3 Variables e Indicadores

2.3.3.1 Identificación de las Variables

Variable Independiente (VI)

El conocimiento de Derecho penal general.

Variable Dependiente (VD)

Aplicación de los Criterios de Oportunidad.

2.3.3.2 Definición Operacional de las Variables

Variables	Indicadores
VI: El conocimiento sobre Derecho Penal general	<ul style="list-style-type: none"> • Teoría del Delito • Teoría de las Consecuencias Jurídicas

VD: Aplicación de Criterios de Oportunidad	<ul style="list-style-type: none">• Principio de Oportunidad• Acuerdos Reparatorios

CAPÍTULO III

MÉTODO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.1 Población y Muestra

3.1.1 Población

La población estuvo constituida por 107 Fiscales Provinciales Penales de Lima y Callao.

3.1.2 Muestra

La muestra fue probabilística y ha sido tomada de la población de los 59 Fiscales Penales de Lima y los 48 Fiscales Provinciales Penales del Callao, el cual se ha obtenido de la siguiente manera.

La fórmula para determinar el tamaño de n es la siguiente:

$$n = \frac{Z^2 P Q N}{e^2 (N - 1) + Z^2 P Q}$$

Cálculo del tamaño de la Muestra conociendo el tamaño de la población. La fórmula para calcular el tamaño de muestra cuando la población es finita es la siguiente:

En donde,

N=Tamaño de la población

Z=Nivel de confianza (1.96 al cuadrado Si el nivel de seguridad es 95%)

P=Probabilidad de éxito o proporción esperada. (En este caso 5%= 0.05)

Q=Probabilidad de fracaso. En este caso 1-p (1-0.05=0.95)

E=Precisión (error máximo admisible en términos de proporción = 5%)

Entonces con un nivel de confianza del 95% y margen de error del 5 % tenemos:

Sustituyendo:

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(107)}{(0.05)^2(107 - 1) + (1.96)^2(0.5)(0.5)}$$

$$n = 83.8 \text{ Fiscales}$$

3.2 Diseño utilizado en el estudio

El diseño utilizado es la investigación explicativa orientadas al descubrimiento de fenómenos causales que han podido incidir o afectar la consecuencia de un fenómeno, para lo cual concedemos especial cuidado a la fiabilidad y exactitud de los datos; por lo que el diseño está planteado por un sistema de hipótesis y variables, el universo y población, la muestra y el tipo de muestreo, la fundamentación de los instrumentos para la recolección de datos y los criterios para la organización de los datos; todo lo cual permitirá analizar la problemática e interpretar la carencia de los operadores del Derecho sobre dogmática penal de Parte General del Derecho Penal para la aplicación de los Criterios de Oportunidad, lo que sin embargo permitirá sugerir o plantear propuestas interpretativas y/o legislativas.

3.3 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

3.3.1 Técnicas

Las técnicas utilizadas básicamente utilizadas en la presente investigación han sido la Encuesta que ha permitido recoger opiniones, actitudes y practicas sobre la aplicación de los Criterios de Oportunidad por parte de los Fiscales Penales, así como también se utilizó el Análisis documental que sirvió para analizar sistemática y objetivamente los documentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios sobre el tema investigado.

3.3.2 Instrumentos

Los instrumentos que se ha utilizado en cuanto a la Encuesta es el Cuestionario que contenía preguntas o reactivos a los cuales respondieron los encuestados en forma escrita; y en cuanto a la técnica de Análisis documental se ha utilizado el instrumento de Fichas de registro de información que son matrices que permitieron consignar organizadamente la información recogida a través del análisis de documentos.

3.4 Procesamiento de Datos

Para el procesamiento de los datos se tabuló y organizó en cuadros unidimensionales y bidimensionales para el análisis de las variables con sus respectivas interpretaciones, para posteriormente establecer, a través de una prueba de hipótesis, la relación entre ellas mediante las técnicas de estadística no paramétricas. Estas técnicas no paramétricas a utilizar, de acuerdo a la naturaleza de las variables, fue la Prueba de U de Mann-Withney, pues los datos están medidos ordinalmente y se tiene la presencia

de dos poblaciones independientes. La prueba de hipótesis consideró un nivel de significancia de 0.05.

Para realizar la contratación de hipótesis en primer término se recopilará la información, como resultado del trabajo de campo. Es decir, después de haber aplicado la Entrevista mediante el instrumento del Cuestionario a las unidades de análisis, llámese básicamente Fiscales Penales, se “vació” los datos en el software Estadístico Statistical Package for Social Sciencies (SPSS), versión 20.

Las variables debidamente ordenadas y clasificadas sirvieron para la prueba respectiva de la hipótesis, estableciendo para ello un nivel de significancia de 0.50.

CAPÍTULO IV

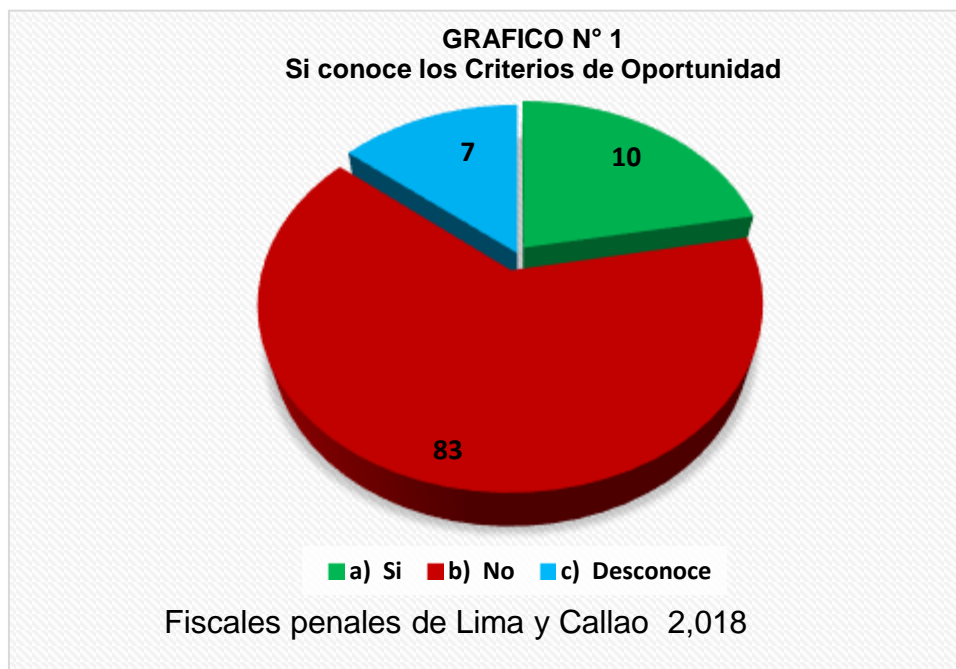
PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Tabla N° 1

Si conoce los Criterios de Oportunidad

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	8	10
b) No	70	83
c) Desconoce	6	7
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

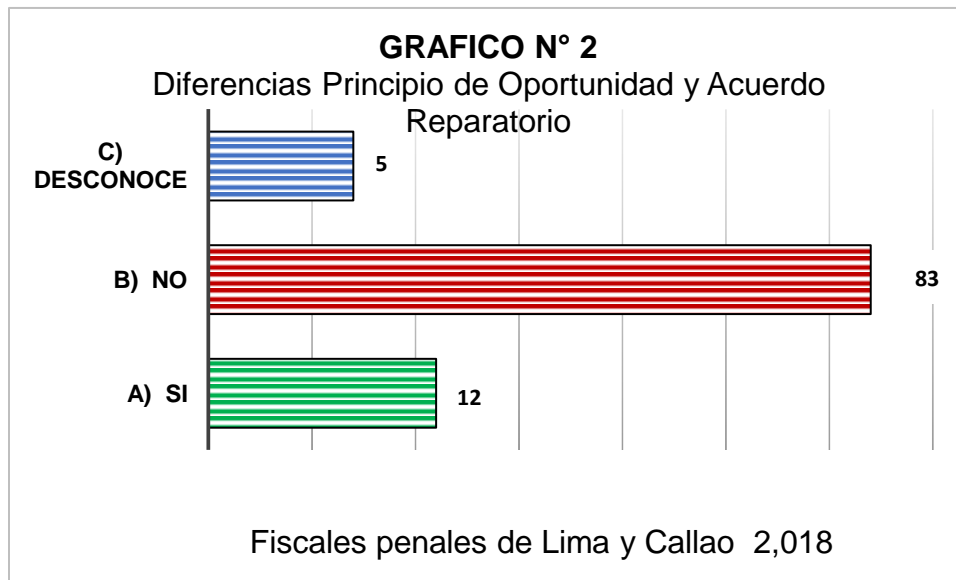
En la interrogante que se presentaron tanto en estadística y en forma gráfica, el 83% de los Fiscales Penales de Lima y Callao eligieron la alternativa no conocer los Criterios de Oportunidad; mientras que el 10% indicaron conocer, y el 7% manifestaron desconocer, llegando al 100% de la muestra.

Se permitió conocer que casi la totalidad de los encuestados manifestaron no conocer los Criterios de Oportunidad, siendo identificando más como Principio de Oportunidad y no diferenciando del Acuerdo Reparatorio; instituciones que en conjunto constituye según la doctrina más autorizada una salida o solución temprana de imputaciones penales.

Tabla N° 2

Diferencia del Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	10	12
b) No	70	83
c) Desconoce	4	5
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

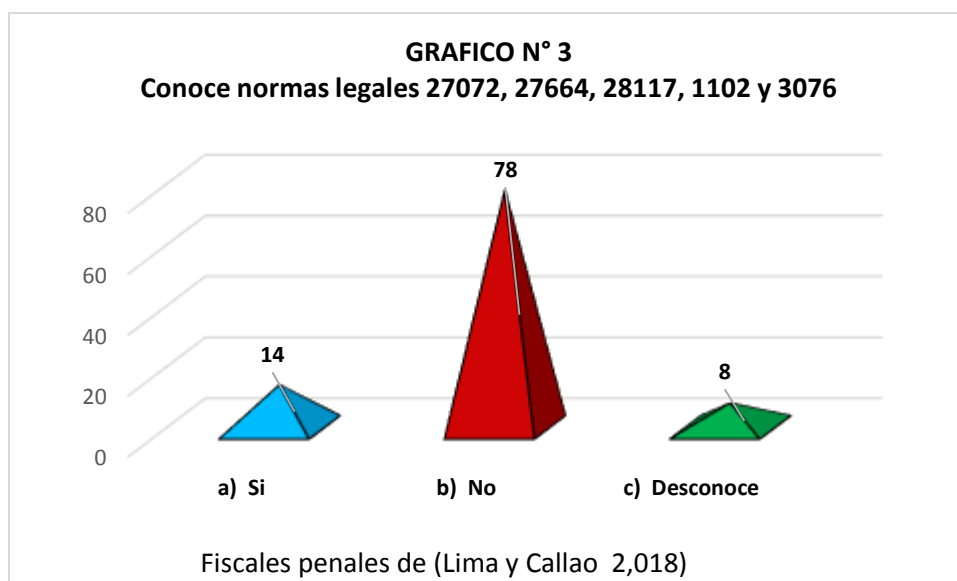
Se aprecia que el 83% de los operadores del derecho eligieron la segunda de las alternativas; mientras el 12% indicaron conocer las diferencias y el 5% señalaron desconocer, sumando el 100% de la encuesta.

Tal como se aprecia, es evidente que los que respondieron en la segunda de las opciones, reconocieron que en efecto, no conocen las diferencias entre estas dos instituciones, el cual en general debilita ostensiblemente el impulso que se debe dar para una adecuada y eficaz aplicación de estas dos instituciones.

Tabla N° 3

Conoce existencia de Leyes 27072, 27664, 28117, 1102 y 3076

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	12	14
b) No	65	78
c) Desconoce	7	8
TOTAL	84	100



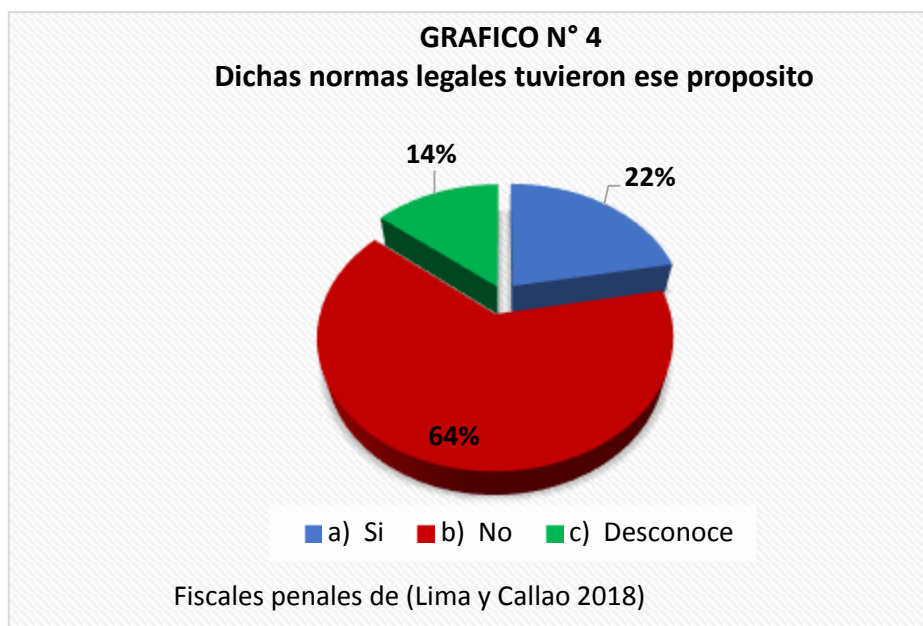
INTERPRETACIÓN

La información porcentual y gráfica presenta que el 78% de los consultados indicaron que no conocen dichas normas legales; mientras el 14% expresan que conocen y el % señalaron desconocer, totalizando el 100%.

Analizando la pregunta, encontramos que efectivamente casi la totalidad de los fiscales penales, señalaron no conocer o desconocen de la existencia de las normas legales que precisamente están referidas a la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

tabla N° 4
Dichas normas legales tuvieron ese propósito

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	50	22
b) No	20	64
c) Desconoce	14	14
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

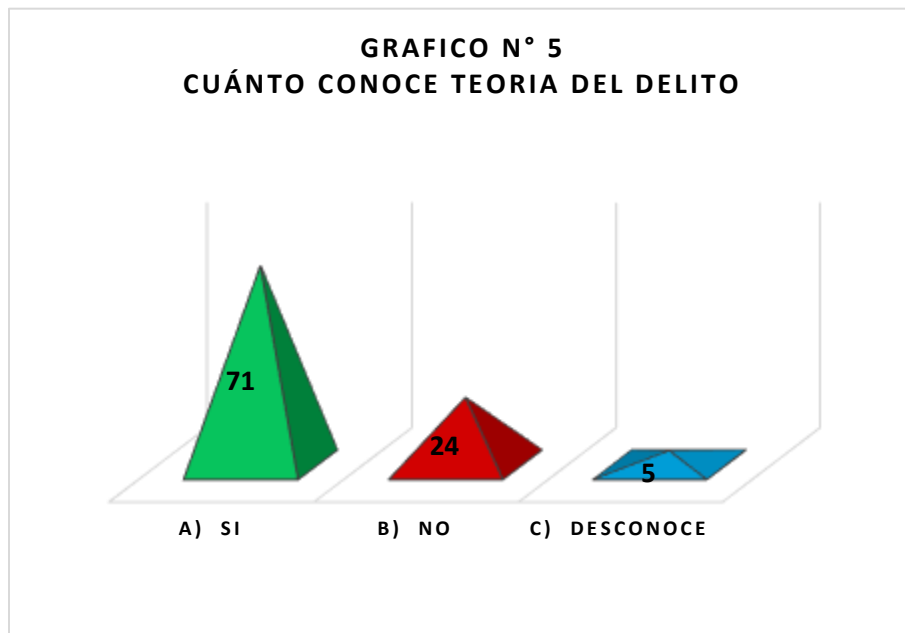
La información obtenida en la interrogante, podemos señalar que el 64% respondieron en la alternativa “no”; en cambio el 22% opinaron todo lo contrario y el 14% mostraron desconocer, sumando el 100%.

Tal como se aprecia en el párrafo anterior, los encuestados en pequeña mayoría conocen de la existencia de dichas normas legales pero no valoran su factor positivo de potenciar la aplicación de los Criterios de Oportunidad, y peor aún una gran mayoría desconocen de su existencia.

Tabla N° 5

Cuánto conoce Teoría del Delito

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	60	71
b) No	20	24
c) Desconoce	4	5
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

Los alcances encontrados de los encuestados, permite visualizar en la parte porcentual que el 71% de los fiscales tomados en cuenta en el estudio, eligieron la primera de las alternativas; sin embargo, el 24% no conocen la materia y el 5% indicaron desconocer, llegando al 100%.

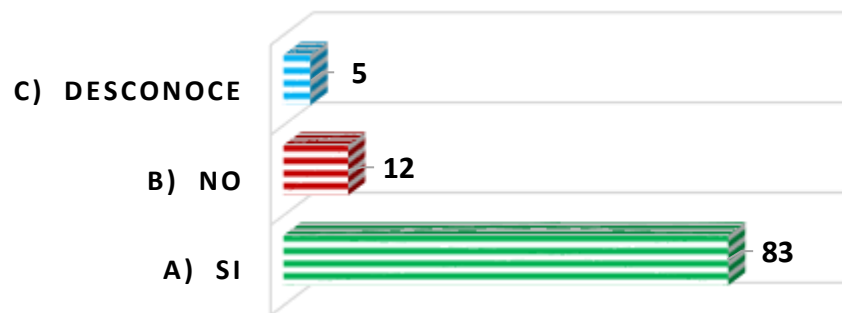
El estudio facilitó conocer cuánto conocen los fiscales sobre Teoría del Delito, siendo una gran mayoría, y poco señalan no conocer, el cual debería tener su reflejo en el nivel de producción laboral y, en especial, en los Criterios de Oportunidad.

Tabla N° 6

Cuánto conoce Consecuencias Jurídicas del Delito

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	70	83
b) No	10	12
c) Desconoce	4	5
TOTAL	84	100

GRAFICO N°6
Conoce Consecuencias Jurídicas de Delito



Fiscales penales de Lima y Callao 2,018

INTERPRETACIÓN

Sobre este particular al cual está referida la investigación, el 83% de los Fiscales con los cuales se trabajó la interrogante, indicaron que desconocen el tema; mientras el 12% señalaron que conocen y el 5% complementario señalaron desconocer, arribando al 100% de la muestra.

Este resultado es más evidente, y pone la diferencia con el nivel de conocimiento de la Teoría del Delito, resultando preocupante que una gran mayoría desconoce las Consecuencias Jurídicas de Delito, cuando en verdad ambas instituciones deben ser objeto de dominio y conocimiento por los Fiscales penales para potenciar un adecuado ejercicio de sus funciones.

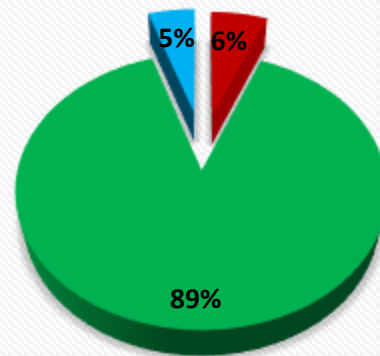
Tabla N° 7

Para adecuada aplicación conocer Derecho Penal General

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	05	6
b) No	75	89
c) Desconoce	04	5
TOTAL	84	100

GRAFICO N° 7

Para adecuada aplicacion conocer Derecho penal general



■ a) Si ■ b) No ■ c) Desconoce

Fiscales penales de Lima y Callao 2,018

INTERPRETACIÓN

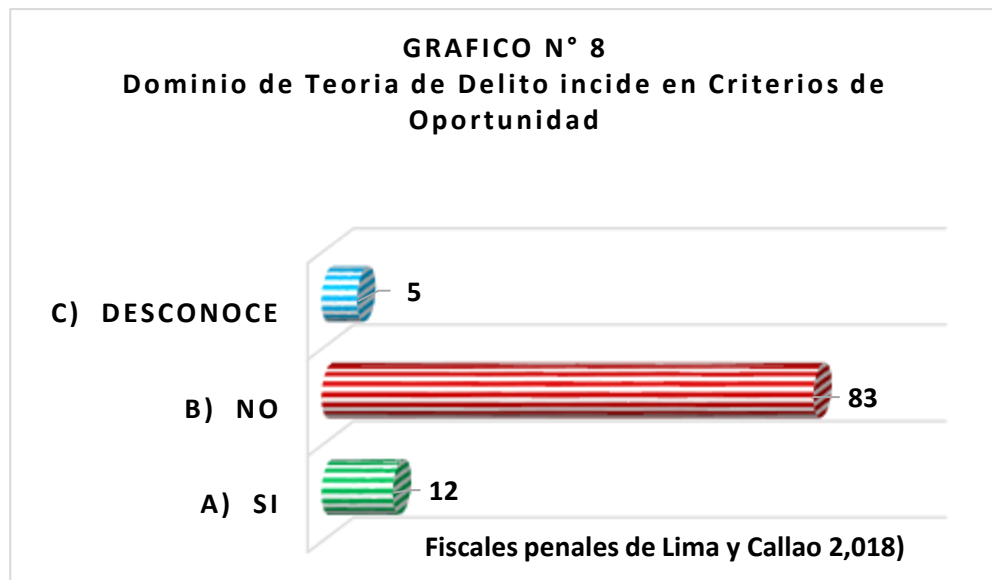
Los datos recopilados indican que el 89% respondieron en la segunda alternativa, lo hicieron por tener mayor porcentaje; mientras el 6% discreparon de lo señalado por el grupo mayoritario y el 5% expresaron desconocer, totalizando el 100%.

El acopio del material, nos muestra que para los Fiscales no es trascendente el conocimiento del Derecho penal general y solo una minoría admite su relevancia para la aplicación de los Criterios de Oportunidad, desconociendo que es un insumo imprescindible para la eficacia de aquella.

Tabla N° 8

Dominio de Teoría de Delito incide aplicación Criterios de Oportunidad

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	10	12
b) No	70	83
c) Desconoce	04	5
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

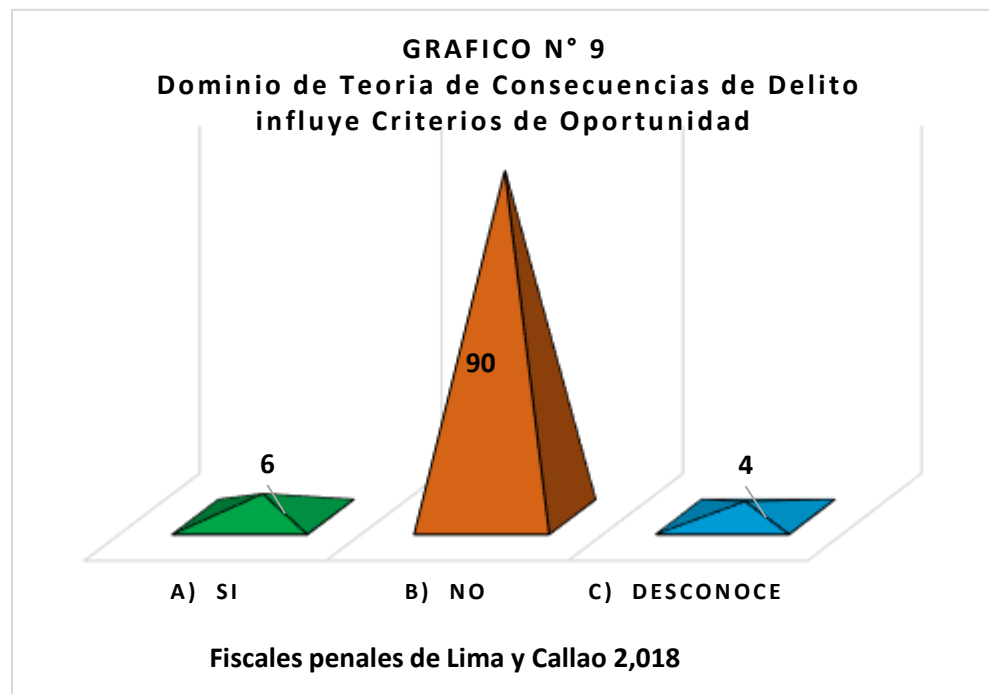
La información relacionada con la interrogante, se aprecia que el 83% de los Fiscales de Lima y Callao eligieron la alternativa “sí”; mientras el 12% expresaron estar en desacuerdo con lo opinado por la mayoría y el 5% señalaron desconocer, sumando el 100% de la muestra.

El estudio nos demuestra que la gran mayoría de los operadores del derecho fueron de la opinión que el dominio de la Teoría del Delito no incide en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad, siendo solo una minoría que estiman que si tiene influencia en la aplicación de estos criterios, lo que expresa y demuestra la diminuta cantidad de casos resueltos al respecto.

Tabla N° 9

Dominio de Teoría de Consecuencias de Delito influye en Criterios de Oportunidad

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	05	6
b) No	76	90
c) Desconoce	03	4
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

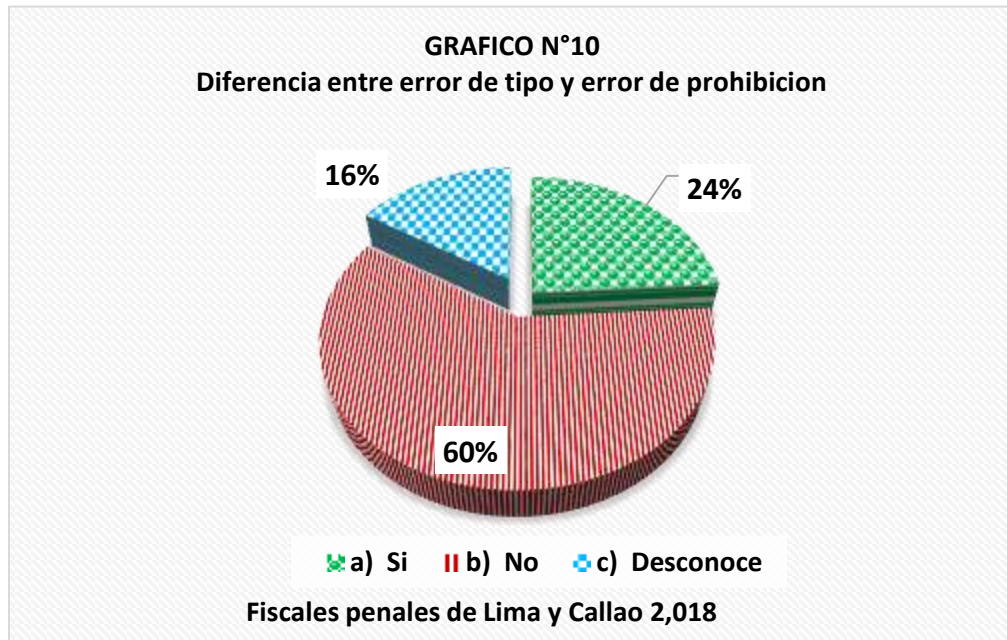
Los datos en la tabla y parte gráfica de la interrogante, se aprecia que el 90% de los Fiscales penales eligieron la segunda de las opciones; sin embargo, el 6% no estuvieron conformes y escogieron la alternativa “sí” y el 4% restante señalaron desconocer, arribando al 100%.

Según lo señalado, los Fiscales consideran la falta de dominio de la Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito no tienen incidencia en los Criterios de Oportunidad, y aquí el porcentaje es mayor, lo que ahonda más el pésimo enfoque de aplicar y optar por una salida o solución temprana de imputaciones penales.

Tabla N° 10

Diferencia entre error de tipo y error de prohibición

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	20	24
b) No	50	60
c) Desconoce	14	16
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

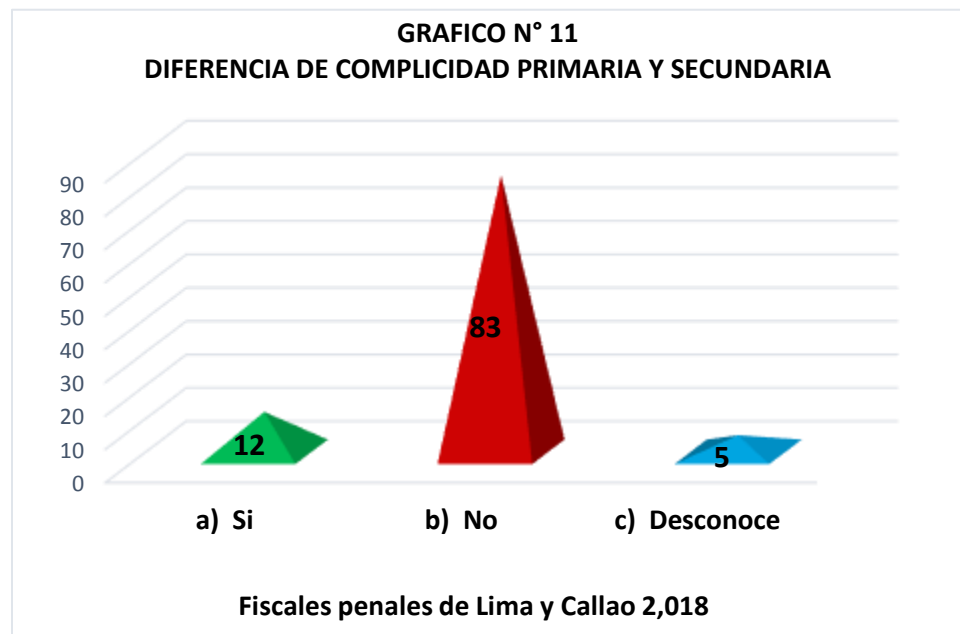
En cuanto a los resultados que se aprecian, el 60% de los operadores del derecho eligieron la segunda de las opciones; sin embargo, el 24% mostraron su disconformidad con lo señalado por la mayoría y el 16% complementario refirieron desconocer, llegando al 100% de la muestra.

Que las cifras ahora señaladas, reflejan las respuestas de las preguntas anteriores en la que el Derecho penal general no incide en los Criterios de Oportunidad, y ello se explica por cuanto una gran mayoría de Fiscales no diferencian precisamente de manera nítida estas dos categorías dogmáticas del Derecho penal general y que tienen repercusión directa en los Criterios de Oportunidad.

Tabla N° 11

Diferencia de complicidad primaria y secundaria

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	10	12
b) No	70	83
c) Desconoce	4	5
TOTAL	84	100



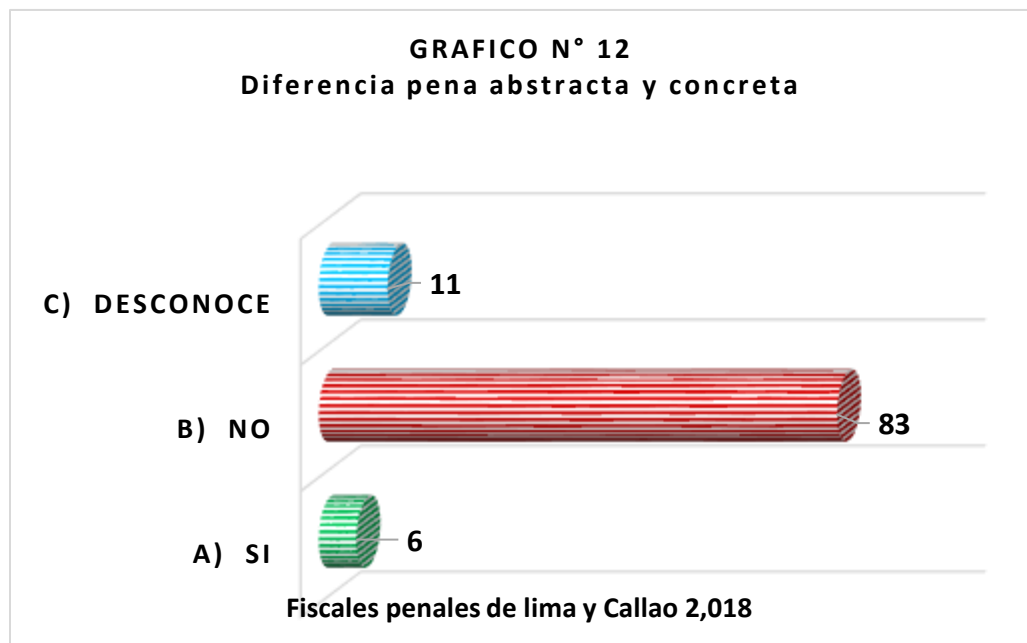
INTERPRETACIÓN

Los datos visualizados dejan en claro que el 83% de los Fiscales que fueron encuestados respondieron negativamente; mientras el 12% escogieron la alternativa “si” y el 5% indicaron desconocer, totalizando el 100% de la muestra.

De nuevo, los Fiscales penales de Lima y Callao no identifican la diferencia entre estas dos instituciones de Derecho penal general y que tienen aplicación práctica para la efectiva concreción de los Criterios de Oportunidad, sea el Principio de Oportunidad como el Acuerdo Reparatorio.

Tabla N° 12
Diferencia de pena abstracta con concreta

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	5	6
b) No	70	83
c) Desconoce	9	11
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

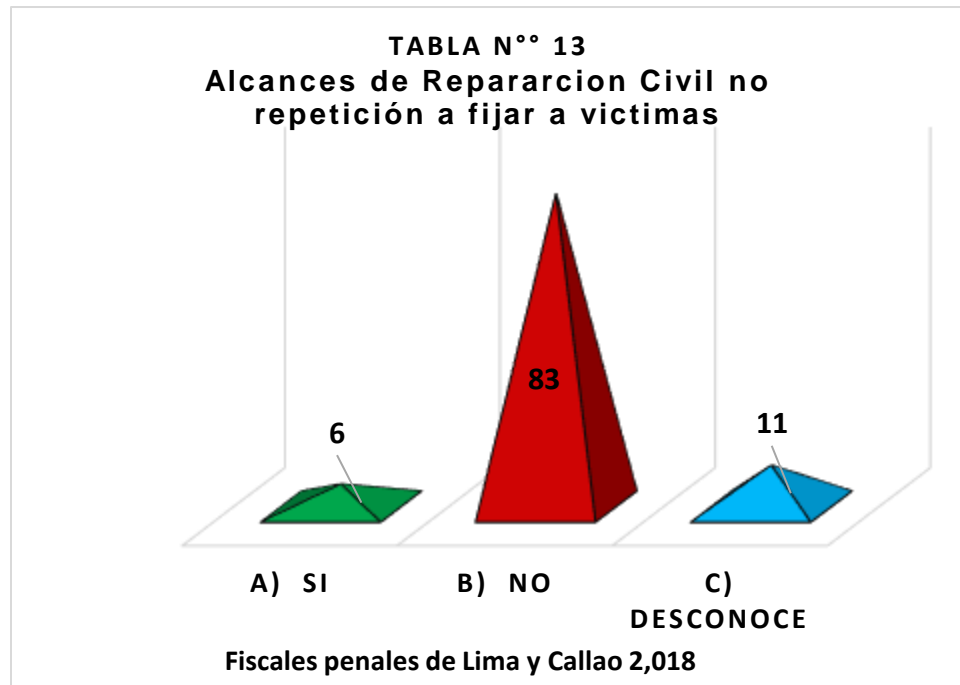
Con relación a los alcances de la interrogante, se aprecia que el 83% de los Fiscales penales de Lima y Callao eligieron la alternativa “no” y el 6% señalaron en forma contraria y el 11% indicaron desconocer, sumando el 100% de la muestra con la cual se trabajó la investigación.

La Reparación Civil en sus diferentes modalidades es condición ineludible para la aplicación de los Criterios de Oportunidad, salvo el supuesto de falta de necesidad de pena; no obstante, existe falencias en el dominio de los Fiscales penales de estas categorías de la Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito y que guardan estrecha vinculación con la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

Tabla N° 13

Alcances de Reparación Civil la no repetición a fijar a víctimas

ALTERNATIVA	Fi	%
a) Si	5	6
b) No	70	83
c) Desconoce	9	11
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

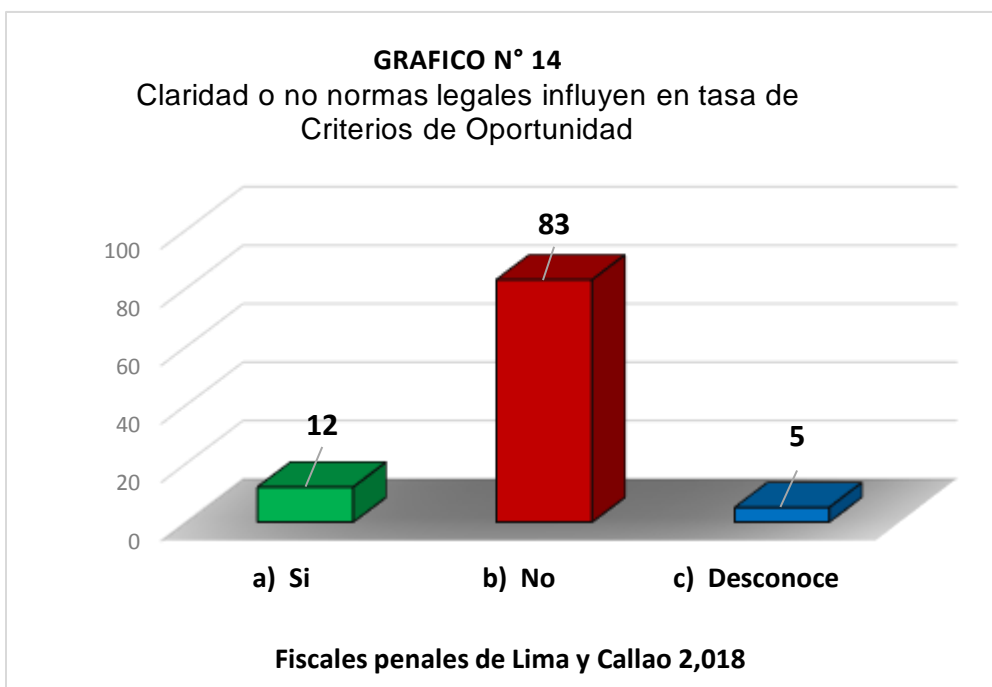
La información que se obtuvo en la pregunta, podemos apreciar que el 83% de los Fiscales penales de Lima y Callao respondieron la segunda de las opciones “no”; mientras el 6% eligieron la opción “no” y el 11% restante señalaron desconocer, cubriendo así el 100% de la muestra.

La mayoría de los encuestados no identifican los alcances o contenido de la Reparación Civil que, como hemos señalado, es de aplicación en los Criterios de Oportunidad, el cual se vuelve relevante por cuanto en estas instituciones la víctima o el agraviado participa directamente en su celebración y conclusión de las salidas tempranas de imputación penal.

Tabla N° 14

Claridad o no de normas legales influyen tasa Criterios de Oportunidad

ALTERNATIVA	Fi	%
a) Si	10	12
b) No	70	83
c) Desconoce	4	5
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

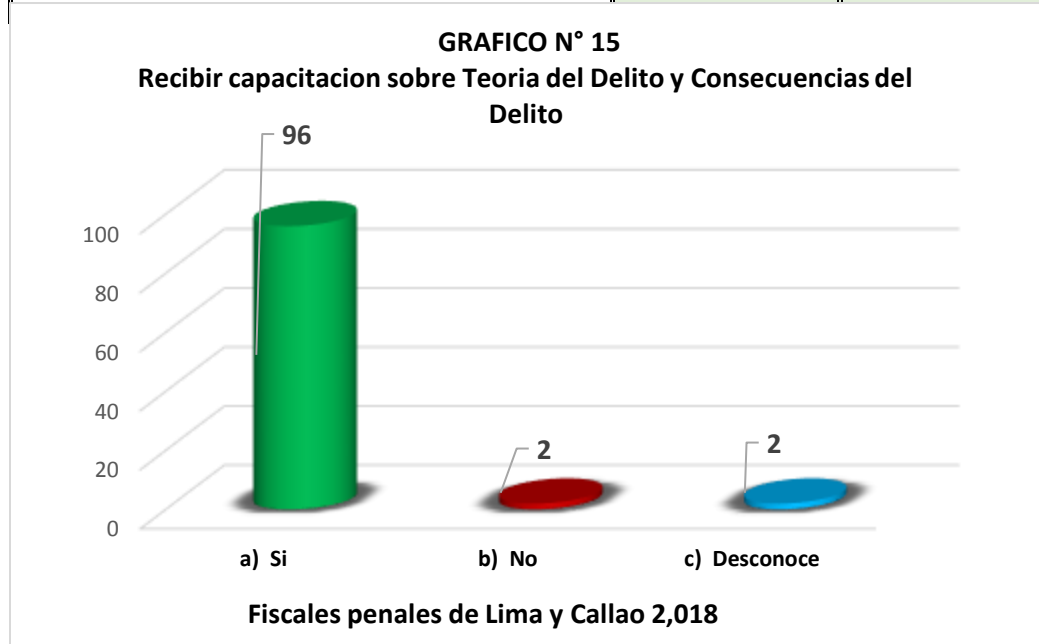
La pregunta con el porcentaje del 83% de los operadores del derecho eligieron la primera de las opciones “no”; en cambio el 12% manifestaron de forma contraria y el 05% respondieron desconocer, arribando al 100%.

La información que dieron los encuestados en casi su totalidad destacan que no hay claridad en las normas legales referidas a los Criterios de Oportunidad, el cual también constituye un indicador que incide en la tasa de aplicación de dichas instituciones, más todavía cuando tampoco se tiene claridad sobre la distinción del Principio de Oportunidad y los Acuerdo Reparatorios, que tuvieron diferentes momentos en su nacimiento legal, y además tienen diferentes presupuestos y trámites procesales.

Tabla N° 15

Recibir capacitación de Teoría de Delito y Consecuencias de Delito

ALTERNATIVA	fi	%
a) Si	80	96
b) No	2	2
c) Desconoce	2	2
TOTAL	84	100



INTERPRETACIÓN

La pregunta con el porcentaje del 96% de los operadores del derecho eligieron la primera de las opciones “sí”; en cambio el 2% manifestaron en forma contraria y el 2% respondieron desconocer, arribando al 100%.

La información que dieron los encuestados en casi su totalidad admiten la necesidad de capacitación de cursos orientados a una adecuada aplicación de los Criterios de Oportunidad; cifras que evidencian el magro dominio de categorías dogmática penales, y por eso precisamente aceptan positivamente ser capacitados en estos temas.

4.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La estadística de prueba a utilizar para comprobar las hipótesis propuestas fue la prueba **Jl** cuadrado corregida por Yates, por cuanto más del 20% de las celdas que contienen las frecuencias esperadas de la tabla, son menores a cinco (05), lo que obliga a la combinación de celdas adyacentes para finalmente obtener una tabla 2x2.

Donde:

A = Celda primera columna, primera fila.

B = Celda primera columna, segunda fila.

C = Celda segunda columna, primera fila.

D = Celda segunda columna, segunda fila.

$$\chi^2 = \frac{(ad - bc - \frac{n}{2})^2 n}{(a + b)(c + d)(a + c)(b + d)}$$

Hipótesis a:

H₀ : “El conocimiento de Teoría del Delito no incide directamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad”.

H₁ : “El conocimiento de Teoría del Delito incide directamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad”.

Conocimiento de Teoría del Delito	Tasa de aplicación de Criterios de Oportunidad			Total
	SI	NO	DESCONOCE	
SI	3	8	2	60
NO	5	60	3	24
DESCONOCE	0	2	1	5
TOTAL	8	70	6	84

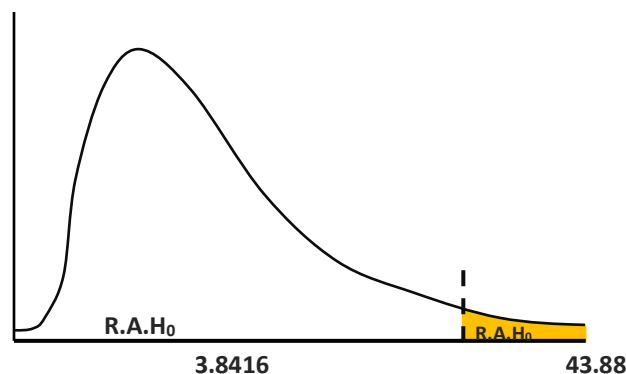
Para rechazar la hipótesis nula (H_0), el valor calculado de χ^2 debe ser mayor o igual a 3,8416, valor que es obtenido cuando χ^2 sigue una distribución aproximada de ji-cuadrada con $(2-1) (2-1) = 1$ grados de libertad y un nivel de significancia de 0.05.

Reemplazando los datos de la tabla se tiene:

$$\chi^2 = \frac{(3 * 2 - 10 * 5 - \frac{84}{2})^2}{(13)(7)(8)(76)} = 43.88$$

$$\chi^2 = 43.88$$

De manera gráfica, ubicamos el valor ji cuadrado tabular, frente al valor obtenido de fórmula:



Como $43.88 > 3.8416$, se rechaza H_0 . por lo tanto, se concluye que El conocimiento de Teoría del Delito, incide significativamente en la Tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad.

Hipótesis b:

H_0 : “El conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito no incide directamente en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad”.

H_1 : “El conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito incide directamente en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad”.

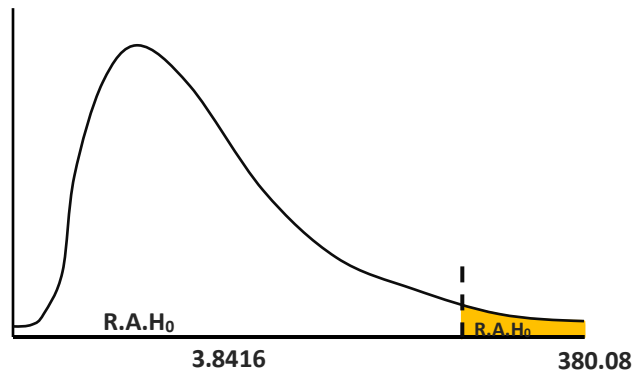
Conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito	Nivel de aplicación de Criterios de Oportunidad			Total
	SI	NO	DESCONOCE	
SI	3	10	2	70
NO	5	57	2	12
DESCONOCE	2	3	0	5
TOTAL	10	70	4	84

Para rechazar la hipótesis nula (H_0), el valor calculado de χ^2 debe ser mayor o igual a 3,8416, valor que es obtenido cuando χ^2 sigue una distribución aproximada de chi cuadrado con $(2-1) (2-1) = 1$ grados de libertad y un nivel de significancia de 0.05.

Reemplazando los datos de la tabla se tiene :

$$\chi^2 = \frac{(3 * 2 - 12 * 5 - \frac{84}{2})^2 84}{(15)(7)(10)(74)} = 380.08$$

$$x^2 = 380.08$$



Como $380.08 > 3.8416$, se rechaza H_0 . por lo tanto, se concluye que El conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito no incide significativamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad.

4.3 DISCUSIÓN

Bajo este panorama de la investigación, se advierte que los Criterios de Oportunidad desde su nacimiento legal y sus sucesivas modificaciones normativas estuvieron dirigidas a potenciar su aplicación en busca de una eficaz política criminal de descongestionar la carga procesal de las Fiscalías.

De igual forma, la doctrina especializada encuentra también bondades más que debilidades de los Criterios de Oportunidad a partir de sus propios fundamentos, características y finalidades de esta institución de solución temprana de imputaciones penales.

Donde encuentra escollos esta institución procesal es en su aplicación por parte de los operadores del Derecho, concretamente, por los Fiscales provinciales penales que administran y gestionan directamente estas herramientas procesales en su cotidiano trabajo. A partir de las sendas directiva o resoluciones de la propia Fiscalía de la Nación, así como de las varias reformas legislativas es que se ha advertido que frente a la escasa o nula tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad se dieron estas reformas reglamentarias o legislativas a fin de potenciar o elevar los niveles de aplicación de esta herramienta de salida rápida del conflicto penal.

La inquietud surgía entonces en la necesidad de hurgar las causas o explicaciones que puedan explicar el estado de la cuestión y, con ese fin, reflexionar en la dirección de lograr la eficacia y eficiencia de los Criterios de Oportunidad, proponiéndonos que una de las variables determinantes sería el dominio, conocimiento o no, de categorías dogmáticas del Derecho Penal general al estar expresadas en el mismo contenido normativo de los Criterios de Oportunidad. El hallazgo ha sido contundente, los Fiscales penales de Lima y Callao, no vinculan o no encuentran mayor influencia de los conceptos jurídicos del Derecho Penal general en la aplicación de los Criterios de

Oportunidad, y esto sería debido básicamente a la magra o escaso conocimiento de Teoría del Delito y mucho peor de la Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito, con lo que se confirma finalmente nuestra hipótesis, junto a datos que merecen reflexionar.

El diagnóstico encontrado como hallazgo en la presente investigación, confirma nuestra hipótesis, pero a su vez contrasta con las finalidades de los Criterios de Oportunidad en tanto constituyen mecanismos de celeridad que busca la descriminalización de los hechos punibles o la eficacia del sistema penal, tal como fueron planteados por los procesalistas chilenos López Masle y Horvitz Lennon, o con sus propios fundamentos como de mínima intervención, facultad discrecional fiscal, teoría utilitaria de la pena, evitar el estigma de la prisión, protección de la víctima, tratamiento procesal diferenciado, preventivo integrador o adecuada finalidad del proceso valorados por la doctrina más autorizada como los profesores argentinos Julio Maier, Alberto Bovino y José Daniel Cesano, el brasilero Giacomolli o el penalista alemán Claus Roxin.

En esa línea, debemos significar también que los resultados hallados van en desmedro de la propia reforma legal de los Criterios de Oportunidad en nuestro país, por cuanto cada cambio legal tenía como espíritu potenciar o incrementar su aplicación el cual, como se ha establecido, no ha tenido su reflejo en los resultados dados por los operadores del derecho.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

- 5.1.1 Se ha establecido que la ausencia de dominio de temas de Derecho penal general por parte de los Fiscales penales incide negativamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad.
- 5.1.2 Se ha determinado además que no identifican lo que viene a ser los Criterios de Oportunidad, sus alcances, mucho menos la diferencia entre Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio; indicador negativo que va en desmedro de la eficacia de esta herramienta de descongestión procesal, por cuanto cada uno tiene sus propios presupuestos y trámites específicos.
- 5.1.3 Se ha establecido que dentro del Derecho Penal general, no identifican la diferencia entre error de tipo y error de prohibición, complicidad primaria y complicidad secundaria, pena abstracta y pena concreta, así como reparación civil y sus alcances; categorías dogmáticas de aplicación directa en los Criterios de Oportunidad.
- 5.1.4 Se ha verificado que la gran mayoría de los encuestados señalaron que la Teoría del Delito y la Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito no tiene incidencia en la aplicación de los Criterios de Oportunidad; indicador que demuestra y confirma nuestra hipótesis en el sentido que el nulo dominio de estas categorías inciden negativamente en la tasa de aplicación de estos instrumentos de solución temprana de imputaciones penales.

- 5.1.5 Se ha identificado que la inadecuada técnica legislativa utilizada en los Criterios de Oportunidad, como el margen máximo de pena para el Principio de Oportunidad (que es de cuatro años de pena privativa de libertad) frente al inconexo y fluctuante margen máximo de pena en los Acuerdo Reparatorios (que alcanzan hasta ahora ocho años de pena, sin contar con las agravantes de dichos tipos penales, no sabemos cómo será de acá a unos meses), el cual distorsiona no sólo con los fundamentos de los Criterios de Oportunidad al estar diseñados para delitos de mediana o leve gravedad, sino genera confusión y desalienta a los fiscales a la aplicación de los Criterios de Oportunidad.
- 5.1.6 Se ha verificado la necesidad a partir de la propia versión de los Fiscales penales que requieren capacitación en temas de Derecho penal general; dato que confirman no sólo dicha necesidad, sino que se verifica que esta ausencia de dominio dogmático tiene su correlato en la baja tasa de aplicación de las salidas rápidas del conflicto penal.
- 5.1.7 En suma, la hipótesis referida al conocimiento de Teoría del Delito por parte de los fiscales penales de Lima y Callao inciden significativamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad, ha quedado verificado con la presente investigación.
- 5.1.8 De igual forma, la hipótesis respecto al conocimiento de las Consecuencias Jurídicas del Delito por parte de los fiscales penales de Lima y Callao influye significativamente en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad, también ha quedado verificado.

5.2 RECOMENDACIONES

- 5.2.1 Se hace plausible organizar cursos de capacitación mediante conferencias sobre temas de Derecho penal general que incluya principalmente Teoría del Delito y Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito a partir de la ley y la jurisprudencia actual y con casos concretos.
- 5.2.2 Implementar seminarios, simulaciones o talleres dirigidos, a partir de la Teoría del delito y de las Consecuencias Jurídicas aplicando a casos los Criterios de Oportunidad a partir de sus fundamentos, características y finalidades, ya sea el Principio de Oportunidad o los Acuerdos Reparatorios.
- 5.2.3 Diseñar dentro del Ministerio Público un sistema informático que permita medir periódicamente la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad por parte de cada Fiscalía penal, así como implementar políticas de estímulo o premios a las Fiscalías que alcancen las metas establecidas o programadas al inicio de cada año laboral, tales como promover por dicho mérito al Fiscal al cargo inmediato superior, premiar con becas a cursos nacionales o internacionales gratuitos, o pasantías financiadas, entre otros.
- 5.2.4 Se ha identificado inconexión entre la pena máxima abstracta del Principio de Oportunidad frente a la sanción máxima conminada a aplicar en los delitos vía Acuerdo Reparatorio, lo cual no sólo distorsiona sus propios fundamentos que están diseñados para delitos de mediana o leve gravedad, sino que además genera confusión al momento de aplicar a un caso en concreto.
- 5.2.5 Para superar la inadecuada técnica legislativa de los Criterios de Oportunidad estamos planteando, de lege ferenda, una modificatoria a la ley procesal actual.

PROYECTO DE LEY N° 2019

Ley que modifica el Código Procesal Penal

Artículo 1. Modificación del artículo 2 del Código procesal penal

Artículo 2. Deróguese el inciso 8 de artículo 2.

“Mediante la ley presente ley se deroga el inciso 8 del artículo 2 del Código Procesal Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 957”.

Artículo 3. Incorporase último párrafo del artículo 2 en los siguientes términos:

“Entiéndase que el Principio de Oportunidad y el Acuerdo Reparatorio constituyen Criterios de Oportunidad y su aplicación están destinados a los delitos de mediana o leve gravedad, siendo la sanción conminada para ambas figuras procesales cuatro años de pena privativa de la libertad; toda modificación legal que supera dicho extremo será bajo los fundamentos y límites del Principio de Oportunidad”.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. El principio de Oportunidad en el Perú, Lima, Palestra Editores, 2004.
2. ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. “La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP de 2004”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 148, pp. 130-135.
3. ARAGONESES ALONSO, Pedro. Curso de derecho procesal penal, Edersa, Madrid, 1986.
4. ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas procesales penales La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?; Marcial Pons, Madrid, 2012.
5. ARISTIZABAL GONZALES, Carolina. “Alcances del Principio de Oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana”, Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Bogotá D.C.,2005,ue 45.pdf(última visita, 15 de marzo de 2017).
6. BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal Parte General; Lima, Ara editores, 1ra edición 2004.
7. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Lecciones de la Parte General y el Código Penal, Concordado, sumillado, actualizado; Editorial San Marcos, Lima, 2da edición, 1998.

8. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, Carlos Andrés GUZMÁN DIAZ y Claudia Patricia VANEGAS PEÑA. El Principio de Oportunidad Bases Conceptuales para su aplicación. *Fiscalía General de la Nación*, www.fiscalia.gov.co/colombia/wp.content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf (última visita, 15 de marzo de 2017).
9. BOVINO, Alberto. “El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano”. En: *IUS ET VERITAS*, N° 12, Año VII, pp.159-169, 1996.
10. CALDERON SUMARRIVA, Ana Cecilia, *El ABC del Derecho Penal*; Egacal, Editorial San Marcos, Lima, 2da edición, primera reimpresión 2013.
11. CARO JHON, José Antonio. *Manual teórico – práctico de teoría del delito Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*; Ara Editores; Lima, Primera edición, 2014.
12. CARO JHON, José Antonio. *Diccionario de Jurisprudencia Penal Definiciones y conceptos de Derecho penal y Derecho Procesal Penal extraídos en la jurisprudencia*; Lima, Grijley; Benites Forno & Ugaz Abogados, 2007.
13. CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho Teoría General. Argumentación Razonamiento Jurídico*; Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
14. CESANO, José Daniel. *El nuevo derecho procesal penal Entre el fortalecimiento de garantías y el evitamiento del castigo*; Lima, Ara editores; 1ra edición, 2010.

15. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano teoría y práctica de su implementación; Lima, Palestra, 2da edición, 2015.
16. DOIG DIAZ, Yolanda. “El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo N° 149, abril 2006, pp.106-114.
17. GAETE ANDRADE, Alejandra. El principio de Oportunidad en la reforma procesal penal. Tesis, Universidad de Talca Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, 2005, opac.pucv. ci/ cgi. bin/ wxis. exel/ iah/scripts(última visita, 16 de abril 2018).
18. GARCIA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal Parte General; Grijley, Lima, 2008.
19. GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidad, Oportunidad y Consenso en el proceso penal, Lima, Ara Editores, 1° edición, 2012.
20. GUARIGLIA Fabricio. “Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”. En AA.VV. *El Ministerio Público*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
21. HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Los presupuestos materiales del proceso inmediato en el D. Leg. N° 1194 Comentarios al Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116”. En: *Actualidad Penal*, N° 27, pp. 97-113.

22. HUERTA BARRON, Miguel. Temas de Derecho Penal General. Curso a Distancia para Magistrados; Academia de la Magistratura, Lima, 2000.
23. HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Manual Derecho Penal Parte General; II Tomos; 4° edición, Idemsa, Lima, 2011.
24. JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de Derecho Procesal Penal; Tomos III, Buenos Aires, Rubinzal –Culzoni Editores, 2012.
25. LÓPEZ MASLE, Juan y María Inés HORVITZ LENNON, Derecho Procesal Penal Chileno, T I y II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
26. MAIER, Derecho procesal penal, t I Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2002- 2da edición, 2° reimpresión.
27. MELGAREJO BARRETO, Pepe. El principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal; Lima, Jurista editores, 3ra edición, 2013.
28. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General; Montevideo-Buenos Aires, editorial IB de F, 9na. reimpresión, 2012.
29. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCIA ARÁN. Derecho Penal Parte General; 6° edición revisada y puesta al día, Tiran lo Blanch, Valencia, 2004.

30. ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual Derecho Procesal Penal, t I, Lima, Editorial Reforma, Primera reimpresión 2013.
31. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Introducción al Derecho Penal. con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Grijley, Universidad de Huánuco, Lima, 2008.
32. PRADEL, Jean. “El Principio de la Oportunidad en el proceso penal francés”. En: *Anuario de Derecho Penal 2004*, Doctrina, jurisprudencia, legislación, bibliografía. La reforma del proceso penal, Fondo editorial PUCP, Universidad de Friburgo Suiza, agosto 2004, pp.301-325.
33. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Las consecuencias jurídicas del Delito en el Perú; Lima, Gaceta Jurídica, 2000.
34. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto y otros. Determinación judicial de la pena; Lima, Instituto Pacifico, Actualidad Penal, 2015.
35. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios; IDEMSA, Lima, 1ra edición, 2010.
36. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Tratado Integral de Litigación Estratégica; Gaceta Jurídica, Lima, 1ra edición, 2013.
37. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 9na. edición, 2007, pp. 324.

38. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal; Idemsa, Lima, 2004.
39. SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal Lecciones conforme el Código Procesal Penal de 2004; Lima, INDECCP y CENALES, 1° Edición, 2015.
40. SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal, t I y II, Lima, Editorial Jurídica Grijley, Segunda Edición actualizada y aumentada, primera reimpresión, 2006.
41. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2da reimpresión, 2003.
42. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General; Lima, Grijley E.I.R.L, 2006.
43. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General; Lima, Grijley E.I.R.L, cuarta reimpresión, 2013.
44. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Diccionario Penal jurisprudencial; Lima, Gaceta Penal & procesal penal, 2009.

ANEXO N° 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA INTERNA

TEMA : LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL

Autor: Robert Ramón Zapata Villar

EL PROBLEMA	OBJETIVOS	FORMULACION DE HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	PROCEDIMINTOS METODOLOGICOS
Problema General:	Objetivo general	Hipótesis principal	V.I		Método
¿De qué manera el conocimiento sobre Derecho penal general incide en la aplicación de los Criterios de Oportunidad?	Verificar nivel de conocimiento de Derecho penal general y la incidencia en la aplicación de los Criterios de Oportunidad.	El conocimiento de Derecho penal general incide directamente en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad	El conocimiento de Derecho penal general	-Teoría del Delito -Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito.	Población: 48 Fiscales penales de Lima y Callao Investigación explicativa
Problema Específicos:	Objetivo Específicos	Hipótesis Específicos	V.D		Técnicas
¿De qué manera el conocimiento sobre Teoría del Delito incide en la	-Verificar nivel de conocimiento de Teoría del Delito en la aplicación	-El conocimiento de Teoría del Delito incide directamente en la tasa de aplicación de los	Aplicación de los Criterios de Oportunidad (Principio de	-El principio de Oportunidad.	-Análisis documental -Encuesta

<p>tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad?</p> <p>¿De qué manera el conocimiento sobre Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito incide en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad?</p>	<p>de los Criterios de Oportunidad.</p> <p>-Verificar nivel de conocimiento de las Consecuencias Jurídicas del Delitos en la tasa a de aplicación de los Criterios de Oportunidad.</p>	<p>Criterios de Oportunidad.</p> <p>-El conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito incide directamente en el nivel de aplicación de los Criterios de Oportunidad.</p>	<p>Oportunidad y Acuerdos Reparatorios)</p>	<p>-Los Acuerdos Reparatorios.</p>	<p>Instrumentos</p> <p>-Fichas de registro de información</p> <p>-Cuestionario</p>
---	--	---	---	------------------------------------	---

ANEXO N° 2

ENCUESTA

INSTRUCCIONES:

Señor Fiscal Penal, la presente técnica de Encuesta tiene por finalidad recoger información sobre la investigación titulada “**LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL**”, la misma que está compuesta por un conjunto de preguntas o reactivos, donde luego de leer dicha interrogante debe elegir la alternativa que considere correcta marcando con un aspa (X). Se le recuerda que este Cuestionario es anónimo, y por anticipado se agradece su valiosa participación.

1. Si conoce qué viene a ser los Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

2. Conoce la diferencia entre Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

3. Conoce la existencia de las normas legales N° 27072, 27664, 28117, 1102, y 30076?

- a) Si ()
- b) No ()

c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

4. Es correcto afirmar que dichas normas puestas en vigencia tuvieron como propósito potenciar la aplicación de los Criterios de Oportunidad?

a) Si ()

b) No ()

c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

5. Es cierto, cuánto conoce sobre Teoría del Delito en el desempeño de sus funciones?

a) Si ()

b) No ()

c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

6. Es cierto, cuánto conoce Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito en el desempeño de sus funciones?

a) Si ()

b) No ()

c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

7. Es correcto afirmar que para una adecuada aplicación de los Criterios de Oportunidad es necesario conocer previamente temas de Derecho Penal General?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

8. Es correcto afirmar que tener dominio en Teoría del Delito incide en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

9. Es correcto afirmar que el conocimiento de Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito influye en la tasa de aplicación de los Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

10. Puede identificar la diferencia entre error de tipo y error de prohibición para aplicar los Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

11. Puede diferenciar entre complicidad primaria y secundaria para aplicar Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

12. Puede diferenciar entre pena abstracta y pena concreta o judicial para fijar en los Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

13. Puede identificar los alcances de la reparación civil como la no repetición para establecer a favor de las víctimas en los Criterios de Oportunidad?

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

14. En su concepto, es correcto afirmar respecto a las Leyes sobre Criterios de Oportunidad, su claridad o incoherencia inciden en su tasa de aplicación?

- a) Si ()
- b) No ()

c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

15. Es correcto afirmar que para una adecuada aplicación de los Criterios de Oportunidad sería oportuno recibir cursos de capacitación sobre Teoría del Delito y Consecuencias Jurídicas del Delito?

a) Si ()

b) No ()

c) Desconoce ()

Justifique su respuesta:.....
.....
.....

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES:

- 1.1 APELLIDOS Y NOMBRES: :
- 1.2 GRADO ACADÉMICO :
- 1.3 INSTITUCION QUE LABORA :
- 1.4 TITULO DE INVESTIGACION : Los Criterios de Oportunidad en la reforma procesal penal
- 1.5 AUTOR DEL INSTRUMENTO : Robert Ramón Zapata Villar
- 1.6 DOCTORADO : Derecho
- 1.7 CRITERIO DE APLICABILIDAD
- a) De 01 a 09: (No válido, reformular) b) De 10 a 12: (No válido, modificar)
- b) De 12 a 15: (válido, mejorar) d) De 15 a 18: (válido, precisar)
- c) De 18 a 20: (válido, aplicar)

II. ASPECTOS A EVALUAR:

INDICADORES DE EVALUACION DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	Deficiente (01-09)	Regular (10-12)	Bueno (12-15)	Muy bueno (15-18)	Excelente (18-20)
		01	02	03	04	05
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.					
2. OBJETIVIDAD	Esta formulado con conductas observables					
3. ACTUALIDAD	Adecuado avance de la ciencia y la tecnología					
4. ORGANIZACIÓN	Existe organización y lógica					
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos en cantidad y calidad					
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar los aspectos de estudio					
7. CONSISTENCIA	Basado en aspecto teórico científico y tema de estudio					
8. COHERENCIA	Entre las variables, dimensiones y indicadores					
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio					
10. CONVENIENCIA	Genera pautas nuevas para investigación y construcción de teorías					
SUB TOTAL						
TOTAL						

VALORACION CUANTITATIVA (total x 0.4) :

VALORACION CUALITATIVA :

OPINION DE APLICABILIDAD :

Lugar y fecha :

.....
Firma y post firma del experto
DNI N°.....