

*La simplificación del procedimiento
penal y el principio de oportunidad de
la acción penal*

Carlos Enrique Zarzosa Campos

Maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Nacional de Trujillo Juez Penal Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Profesor regular de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Nacional de Trujillo, y de Derecho Penal en la Universidad Alas Peruanas - Filial Trujillo.

Lex



Pases mágicos. Técnica mixta, 1961 (44.5 cm. x 29 cm.)

Resumen: el autor expone algunas ideas en torno al principio de Oportunidad llamado también de Disponibilidad de la Acción Penal, abordando la problemática de simplificar el procedimiento penal para lograr una solución “oportuna” del conflicto social que genera la comisión de un delito. Su preocupación por la escasa aplicación de este principio en el ámbito nacional y aborda el desarrollo de la temática encarando el alejamiento de la ciencia procesal penal de la política criminal, como un efecto no querido a partir de la definición de Beling, cuando señala: el Derecho Procesal Penal “esta llamado únicamente a servir al Derecho Penal”, marcadamente instrumental y subsidiaria del Derecho Procesal Penal, que generó la creencia de que la Política Criminal se expresaba solo a través del Derecho Penal para cumplir una finalidad ya totalmente establecida. Cuando en verdad Beling destacaba la estrecha co-relación existente ente el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal como ejercicio de la coerción penal permitiendo, a través de este mecanismo, evitar que se inicie un proceso penal o, en su caso, se busca descongestionar los despachos judiciales; concluyendo anticipadamente un proceso o evitando que este se inicie, según se disponga del ejercicio de la acción penal dentro de un proceso penal existente o antes de que se promueva la acción penal. En este ámbito, es que explica el Principio de Oportunidad así como su procedimiento, buscando que se implemente como mecanismo alternativo para la solución del conflicto penal.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- La necesaria referencia a la política criminal. III.- La formulación del proceso. IV.- La solución de los conflictos. V.- El principio de oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal. VI.- Reglamentación del Principio. VII.- Procedimiento.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo expondremos algunas ideas en torno al principio de Oportunidad llamado también de Disponibilidad de la Acción Penal, con el propósito de compartir criterios “abiertos” en torno a la problemática de simplificar el procedimiento penal con el objeto de lograr una solución “oportuna” del conflicto social que genera la comisión de un delito; permitiendo, a través de este mecanismo, evitar que se inicie un proceso penal o, en su caso, se busca descongestionar los despachos judiciales; concluyendo anticipadamente un proceso o evitando que este se inicie, según se disponga del ejercicio de la acción penal dentro de un proceso penal existente o antes de que se promueva la acción penal.

El principio de oportunidad, fue incorporado a la normativa procesal nacional a través del artículo 2 del Código Procesal Penal de 1991, que recogía el “sistema acusatorio garantista”, y que estuvo en plena vigencia, en virtud del Decreto Legislativo N° 638, desde el 27 de abril del año de 1991, puesto que en él se dispuso la vigencia de algunos artículos del acotado Código entre los cuales se encontraba obviamente el artículo precitado. En consecuencia, el “principio de

oportunidad” es parte de la actividad jurisdiccional y forense en los Tribunales de la República, desde ese entonces y por ello debiera de ser de estricto cumplimiento junto con las normas procedimentales del viejo Código de Procedimientos Penales que contiene el obsoleto sistema mixto. En esta misma dirección de la idea el nuevo Código Procesal Penal ha incorporado también el principio de oportunidad a través de su artículo 2, buscando facilitar su vigencia a través de la Circular referida a la aplicación del Principio de Oportunidad en el Proceso, mediante Resolución N° 1072-95-MP-FN del 16-11-95; asimismo, mediante Resolución N° 1711-2003-MP-FN del 11/11/2003, se dispuso que todas las Fiscalías Provinciales del Distrito Judicial de Lima atiendan dentro de sus atribuciones la Aplicación del Principio de Oportunidad y, por último, con el mismo propósito se ha procedido a reglamentar su aplicación, a través de la Resolución N° 1470-2005-MP-FN del 12/07/2005; y mucho más si consideramos que en el Departamento de La libertad se encuentra en plena vigencia el Nuevo Código Procesal Penal.

Sin embargo, observamos que en la práctica jurisdiccional, desde la vigencia del Principio de Oportunidad, esto es desde el 27 de abril del año de 1991, hasta la fecha, no se ha logrado internalizar en los operadores de justicia, fundamentalmente abogados y fiscales, las bondades, utilidad, y eficacia de la aplicación del Principio de Oportunidad. Algunos busca explicación a este hecho en la escasa divulgación de los alcances del Principio de Oportunidad, en tanto que otros la encuentran en la reglamentación excesivamente inoperativa que se establece en el artículo 2 del Código Procesal Penal; nosotros creemos que ambos están en lo cierto, pero además afirmamos que también que se debe al escaso conocimiento que sobre Teoría del Delito muestran los operadores de justicia; es así que podemos ver casos en los que algún Fiscal habría sugerido aplicar el principio de oportunidad frente a un accidente de tránsito con consecuencias fatales, sin advertir que objetivamente no se podía imputar culpabilidad en el agente.

Con el propósito de entrar en materia, consideramos importante establecer previamente el marco conceptual sobre el cual debe entenderse y aplicarse el Principio de Oportunidad, para ello es fundamental establecer una premisa básica, la que proponemos en los términos siguientes, el Principio de Oportunidad debe ser analizado desde a.- criterios de política criminal; b.- criterios de formación del proceso penal y c.- criterios de solución de conflictos.

II. LA NECESARIA REFERENCIA A LA POLÍTICA CRIMINAL

Es un hecho evidente que desde hace muchos años la ciencia procesal penal perdió el rumbo de la política criminal. Sin embargo, oportunamente se ha ido abandonando una visión aséptica y hasta tecnocrática del proceso penal, que lo alejaba de su verdadero funcionamiento social.

El abandono de la necesaria referencia a la política criminal se debe indudablemente a diversas causas y se ha presentado también a no dudarlo con diversa intensidad en los distintos ámbitos académicos.

Una de las primeras causas del alejamiento de la ciencia procesal penal de la política criminal la podemos encontrar, como un efecto no querido en la definición de Beling, cuando señala que el Derecho Procesal Penal “está llamado únicamente a servir al Derecho Penal”. Esta definición tan marcadamente instrumental y subsidiaria del Derecho Procesal Penal generó la creencia de que la Política Criminal se expresaba solo a través del Derecho Penal para cumplir una finalidad ya totalmente establecida. Cuando en verdad Beling en su definición, destaca la estrecha co-relación existente ente el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal, como ejercicio de la coerción penal.

Es de esta manera como se produce el primer distanciamiento entre la política criminal y el proceso penal a través de la absolutización del carácter instrumental de este último.

La segunda causa de distanciamiento, entre el Derecho Procesal Penal y la Política criminal se deriva de la idea de una Teoría General del Proceso, al respecto hay que dejar sentado el principio de que la elaboración de conceptos generales de los modelos de solución de los conflictos punitivos en el marco de un estado de Derecho, no es de ningún modo una idea deleznable; muy por el contrario es fecundo campo de análisis que de ningún modo debe de ser abandonado. Lo que sucede es que la denominada Teoría General del Proceso, al menos en el ámbito latinoamericano, no centró su atención en la idea común de conflictividad social, ni mucho menos sobre los modos generales de reacción frente al conflicto social, sino que, por el contrario, conforme sostiene el profesor Alberto Binder¹, se obstinó en la elaboración de categorías comunes en niveles secundarios, que terminaron siendo tan amplios como la imaginación del autor se lo permitía, originando el ritualismo procesal, en el que sucumbe muchas veces el interés general del Derecho, lograr la paz social, privilegiando la aplicación de la pauta procesal preestablecidas que muchas veces se convierte en una traba antes que en un medio de solución del conflicto, divorciándose de esta manera de su esencia misma: servir de mecanismo para resolver la conflictividad social.

La tercera causa de distanciamiento conceptual entre la política criminal y el Derecho Procesal Penal lo hallamos en el “procedimentalismo”, versión bastarda de la ciencia procesal penal de gran predicamento en nuestras universidades latinoamericanas y en la praxis judicial.

¹ BINDER, Alberto M. “Límites y posibilidades de la simplificación del proceso”. – *En Doctrina Penal* .- Publicado en *Justicia Penal y Estado de Derecho Ad-Hoc SRL.*, año 13, 1990, cit. p. 73.-1993. Buenos Aires – Argentina, cit. p. 55.

Conforme aparece de esta visión desagregada, que nos hemos permitido exponer, el proceso penal es antes que nada, un conjunto de trámites que conducen, en el mejor de los casos, a una decisión judicial. Así vemos que el procedimentalismo ha nutrido innumerables textos universitarios Manuales de Derecho, Prácticas Forenses, Guías Prácticas para abogados, Apuntes de Clase y otros, que se han canalizado por medio de los instrumentos más eficaces para la transmisión del conocimiento masivo. Así encontraron el campo muy propicio para su desarrollo en la demanda de los estudiantes, que empezaron a sentir que en el contexto de sistema judicial inquisitivo y medieval vigente, mientras más aprendan de verdadero derecho procesal, más inadaptados se encuentran para operar con éxito en los sistemas judiciales tan arcaicos, servidos muchas veces por magistrados que no entienden o entienden poco de verdadera ciencia procesal y no cuentan con ningún conocimiento de Teoría del Delito, niveles cognoscitivos previos para conocer la verdadera finalidad coercitiva de ambas disciplinas.

El procedimentalismo no está muerto, conforme lo precisa el profesor Binder –ni morirá fácilmente–, porque se nutre de la mediocridad²; que recurre al “alegato de oreja”, a las “articulaciones dilatorias”, a la búsqueda no convencional del expediente, conocido en el argot forense como “fondeo del expediente”. Comportamientos completamente alejados de la finalidad preventivo-ético-social del Derecho Penal, que esperamos, con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, desaparezca, aun cuando dejamos constancias que al igual que entre otros el maestro Mixan Mass³, nosotros tampoco creemos en el “fetichismo legal”; por lo que podemos aseverar que no es suficiente cambiar la ley para transformar la realidad, sino que es necesario, cambiar prácticas para lograr ello. Cambiar la realidad depende del arma que esgrimamos en el campo donde se produce el cotidiano “duelo de prácticas”.⁴

Es imposible pretender encarar correctamente el problema de simplificación del proceso en el contexto de un proceso penal “distanciado” de la política criminal; por ello para lograr el acercamiento entre el Derecho Procesal penal y la Política Criminal debemos hacer uso de tres recuperaciones: en primer lugar lo que el maestro Binder llama “recuperación funcional”; en segundo lugar una “recuperación conceptual”; y, en tercer lugar, una “recuperación jurisdiccional”. En seguida nos ocuparemos de cada una de ellas.

1. La recuperación funcional.– La recuperación funcional del proceso penal para la política criminal ha venido de la mano del concepto “sistema penal”, entendido como interrelación dinámica entre política criminal, “formulada” a través del Derecho Penal y Procesal Penal, y

² Ibidem.

³ BINDER, Alberto M., *En Materiales de Lectura Instituto de Ciencia Procesal*, Centro de Estudios de Justicia para las Américas.- “Reformas Procesales Penales en América Latina”.- Prólogo, cit., p. 6

⁴ Ibidem.

otra política criminal, que se configura a través de los procesos sociales y el ejercicio de la propia justicia penal. Esta dialéctica de la “formulación - configuración” de la política criminal nos señala su característica esencialmente dinámica y nos indica también que toda modificación en la organización de la justicia penal, -y una modificación el proceso-, es una modificación de la justicia penal.

Por ello, cuando pretendemos evaluar con cualquier finalidad la política criminal de un Estado, no solo nos interesa el Código Penal sino también su Código Procesal -nivel de formulación-, pero también, y quizá primordialmente, nos interesa el funcionamiento concreto del sistema judicial en el ejercicio de la política criminal -nivel de configuración-.

2. La recuperación conceptual.- El acercamiento del proceso penal a la política criminal se logrará también a través de la recuperación conceptual del Derecho Procesal Penal que tiene el cometido de recuperar su operatividad político criminal, en el caso de las garantías penales (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, mínima intervención, etc.) y las garantías propiamente procesales (juicio previo, presunción de inocencia, defensa en juicio, etc.). Otra de las recuperaciones conceptuales necesarias para lograr el acercamiento del Derecho Procesal con la política criminal demostrar que las garantías sirven al sostenimiento de la libertad individual y al respeto igualitario de los derechos fundamentales que emanan de la dignidad intrínseca de las personas.

3. La recuperación jurisdiccional.- Por último, el acercamiento del proceso penal a la política criminal se logrará a través del rescate de lo eminentemente jurisdiccional: acercar el proceso penal a la idea del conflicto social y al conjunto de actividades directamente involucradas con la resolución de ese conflicto, permitiendo que se vea al derecho procesal penal como un mecanismo que no busca solucionar conflictos (lo que generalmente es imposible, ya que por ejemplo, si se pretende solucionar un conflicto motivado por el delito de homicidio, su solución únicamente se encontrará si se logra resucitar a la víctima, lo que resulta obviamente, por ahora imposible), sino, más modestamente únicamente persigue redefinir conflictos en términos más tolerables que permitan restablecer la paz social, satisfaciendo los intereses de los agraviados, los mismos que generalmente se pueden traducir en sociedades económicas como las nuestras, en niveles económicos.

III. LA FORMULACIÓN DEL PROCESO

Si partimos del supuesto entendido, de que todo proceso penal es un sistema culturalmente condicionado por dos fuerzas: i) una que busca la eficiencia de la persecución penal, es decir, un uso preciso del poder penal del Estado; y; ii) una fuerza de “garantía” que procura proteger a las personas del riesgo derivado del uso arbitrario de ese Poder Penal. Acorde con el artículo 44

de la Constitución el nuevo modelo procesal procura un equilibrio entre las garantías del individuo y la eficacia de la persecución del delito. En cuanto a las garantías el nuevo Código reconoce ampliamente los derechos del imputado desde las primeras diligencias investigativas, entre los cuales el derecho fundamental a la presunción de inocencia se erige como la piedra de toque de toda su construcción normativa, pues toda restricción al derecho a la libertad del imputado o la limitación de sus demás derechos constitucionales requiere de la existencia de elementos de convicción que sustenten el requerimiento del fiscal o la intervención de la policía.⁵

Consecuentemente, no existe proceso ni institución procesal particular que no sea producto de una síntesis de esas dos fuerzas. Por ello, la simplificación del proceso penal debe partir por definir el punto de equilibrio entre ambas a través de los criterios antinómicos de *eficiencia – garantía* como principios rectores.

IV. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Uno de los conceptos básicos a tenerse en cuenta sobre la finalidad y/o posibilidad del proceso penal es el siguiente: la justicia penal no soluciona ningún conflicto, pues su poder únicamente se limita a “redefinir” el conflicto, en términos, en el mejor de los casos, más “legítimos” o más “pacíficos” para una determinada sociedad.

La construcción política del delito a través del “proceso de selección social”, es una idea suficientemente asentada por la ciencia penal que es necesario mayor explicación; la idea de selectividad del Derecho Penal en una sociedad estratificada en capas sociales ya está aceptada en la comunidad científica en general. De igual manera, la idea de que la justicia penal, a través del proceso, participa, junto con otras instituciones (policía, ejército, etc.), en un proceso de selección secundario, puesto que abre sus esclusas o las cierra según una definición de criterio conforme al momento social o de facto, sobre el que luego se teorizará a través del “principio de oportunidad” o de “disponibilidad de la acción penal”.

Estos procesos de selección han sido suficientemente destacados por las ciencias penales y por la criminología y que por otra parte no es el objeto de este comentario; sin embargo, es conveniente resaltar que no se ha agotado con la suficiente profundidad sobre el proceso de redefinición de los conflictos en términos más tolerables, tarea de la que se encarga el Derecho Procesal Penal.

⁵ TALAVERA, Pablo.- *En Explicación panorámica del nuevo proceso penal peruano.- Litigación Oral y Prueba.-* Andrés Baytelman A. Mauricio Duce J. Lima: Editorial Alternativa con el auspicio de Instituto de Ciencia Procesal Penal. 2005. cit., p. 15.

Si partimos del supuesto de que la base del Derecho Procesal Penal, en la medida de que se trata de una interacción humana, es siempre un conflicto de características sociales, en razón que exista un conflicto previo (cuando el proceso penal se basa en un hecho) o se cree un conflicto (cuando el proceso penal se basa en una denuncia, pero en realidad el hecho no ha existido). Lo que se denomina *notitia criminis*, no es otra cosa una definición de un conflicto social o interpersonal; y, es evidente que al finalizar el proceso, jamás podrá ser posible **solucionar** ese conflicto, pues únicamente habrá sido posible **redefinirlo**⁶.

Supongamos que el proceso penal se inicia porque Pedro asesinó a Teresa, su esposa, enfurecido por los celos. Ese hecho produce o crea un conflicto base: el dolor de los hijos del matrimonio, el dolor de los familiares, el dolor de Pedro, la indignación y el dolor de los amigos de la familia, la reacción de la sociedad, los inmensos problemas prácticos y económicos que genera, etc. Si tuviéramos la posibilidad de medir el sufrimiento humano, sería posible medir el sufrimiento humano y asignarle en consecuencia ese conflicto un determinado nivel de dolor individual o colectivo. Sin embargo, como sabemos ello, no es posible, y el proceso penal, puede finalizar, en grandes trazos, en cinco formas posibles: a) con una condena muy grave para Pedro, supongamos excesiva, como podría ser la pena de muerte o prisión perpetua; b) una condena “justa”, es decir que se adecue al estándar de “proporcionalidad” entre la gravedad del ilícito y la culpabilidad del autor; c) una condena excesivamente benigna y que de hecho funcione como una absolución o permita una suspensión de la pena (caso de que se aplique la teoría de la atenuación de la “emoción violenta”; d) una absolución o sobreseimiento por cualquiera de las causales, no clásicas, como las denomina el maestro Binder; y e) alguna forma de archivo o sobreseimiento “provisional” o abandono de la causa sin llegar a ninguna “solución”.

Supongamos, conforme nos propone el profesor Alberto M. Binder, que las variables del sufrimiento dentro del conflicto son: a) el dolor de los hijos, b) el dolor de Pedro, c) los problemas económicos de los hijos, d) el dolor de los familiares de Teresa, e) los problemas económicos de Pedro y f) la indignación de la sociedad.

Se observa, en el ejemplo propuesto, que en cada una de las maneras posibles de terminación del proceso, las variables se ubicarán de distinta manera pero nunca desaparecerá un nivel de dolor o de insatisfacción que sigá tornando conflictiva la “solución”. Así, por ejemplo, si nos ponemos en el supuesto de que Pedro ha sido condenado a reclusión perpetua, su propio dolor, el dolor de sus hijos, sus problemas económicos y el de sus hijos aumentará notablemente y quizá disminuya la “alarma social” y el dolor de los familiares de Teresa, quien frente a la condena draconiana pueda sentir algún grado de “satisfacción” o “reparación”. Con cada uno

⁶ BINDER, Alberto M. *En Límites y Posibilidades de la simplificación del Proceso.*- op. cit., cit. p. 72.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal I Parte General.*- Ediciones Jurídicas. 1986. cit. p. 22 y ss.

de los casos planteados se podrá realizar el mismo análisis, y ello, nos demostraría que al inicio de la actuación del proceso existe un conflicto social o personal, y al fin de su aplicación existe otro conflicto de igual o acaso menor o mayor intensidad. No es posible argumentar que el conflicto sea socialmente distinto al inicial, puesto que los protagonistas, el escenario y buena parte de sus interacciones serán idénticos o similares: Pedro seguirá siendo Pedro; sus hijos, sus hijos; Teresa no ha resucitado y todos, probablemente, seguirán viviendo en la misma ciudad, cerca de los mismos vecinos y probablemente con los mismos amigos.

Dado que la justicia penal nunca repara en el sentido exacto de la palabra “reparación” que equivale al concepto de volver las cosas al estado anterior a la perturbación y teniendo en cuenta que no se puede afirmar que el conflicto final es totalmente distinto que el inicial, se hace evidente en consecuencia que lo que realmente existe en un proceso penal es la búsqueda de una “re-definición” del conflicto, a través de la recreación del hecho conflictivo que se denuncia como acción típica, antijurídica y culpablemente realizada.

En consecuencia, nada impide que en esta búsqueda de “re-definición” del conflicto social pueda realizarse sin necesidad de llegar al estadio procesal de expedición de sentencia o de terminación del proceso por cualquier otra causa distinta. Pues, es precisamente para lograr ello, que se ha introducido el Principio de Oportunidad o llamado también de “Disponibilidad de la acción penal, que encuentra su sustento, por un lado, en la necesidad de descongestionar los juzgados penales, abarrotados con los denominados “delitos de bagatela”; y, por otro lado, con la aplicación coherente de la sanción penal, para evitar la alarma social, a la que muchas veces un proceso penal irreflexivo contribuye, persiguiendo, por ejemplo, aquellos delitos que en las consecuencias de su comisión han entrañado también su propia sanción natural.

Siguiendo el hilo conductor de la idea que gobierna nuestra exposición, señalamos que no obstante se ha incorporado a nuestro sistema normativo el Principio de Oportunidad, este no se aplica en la práctica judicial, creemos, en primer lugar, porque no se ha divulgado lo suficientemente este principio en los ámbitos forenses; y, en segundo lugar, creemos, porque su excesivo reglamentarismo⁷ impide su aplicación, precisamente de oportunidad.

Pasemos a analizar, los alcances y perspectivas del Principio de Oportunidad, conforme se encuentra normado en el artículo 2 del Código Procesal Penal que al establecer tres supuestos

⁷ Nuestro Sistema Procesal ha optado por un Principio de Oportunidad reglado, por cuanto para acogerse a este Principio se debe cumplir con la base reglada en el artículo 2 del Código Procesal Penal. Otros sistemas acogen un sistema más libre, al dejar al libre arbitrio discrecional del Fiscal la aplicación de estos criterios a los casos concretos que son de su conocimiento; conforme sucede, por ejemplo, en el sistema procesal norteamericano, donde el “ejercicio de la acción penal está confiado a la discrecionalidad del prosecutor.”

en igual número de incisos se afilia al sistema centro europeo, que tuvo sus orígenes, como es sabido, en Alemania e Italia, expendiéndose luego por España y Francia.

V. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

Para la aplicación del Principio de Oportunidad se destacan dos momentos bien definidos:

a) Investigación preliminar.- El Fiscal expedirá una Disposición de Abstención .-Art. 2.4 (primer párrafo última parte) CPP.

b) Investigación preparatoria.- El Juez dictará un auto de sobreseimiento... Art. 2.7 (primer párrafo) CPP.

En ambos momentos, se le deja la titularidad al Ministerio Público para determinar la aplicación del Principio de Oportunidad; en el primer caso deberá decretarlo mediante un Auto Fiscal y en el segundo petitionarlo ante el Órgano, sin cuya petición el Juez no podrá decretarlo de mutuo propio.

VI. REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO

La reglamentación del Principio de Oportunidad, la encontramos en:

Las causas reguladas por los apartados a), b) y c) del artículo 2 del Código Procesal Penal, entre las que se encuentran las siguientes:

a) Cuando se produce una sanción natural, en la comisión del hecho delictuoso.- El legislador ha consignado este supuesto en los términos siguientes: “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”. En esta hipótesis se revela la incidencia que detenta los efectos perjudiciales (antijuricidad material) sobre la persona del autor o del partícipe (entendemos que el concepto “agente” aquí se emplea en la concepción amplia de autor prevista en el artículo 23 del Código Penal) , esto es, la causación lesiva del bien jurídico ha comprometido también un interés del agente. El contenido material del injusto debe reconocer la relevancia del bien jurídico en relación con el autor, en este sentido los efectos nocivos no se circunscriben únicamente a la persona del autor sino también pueden alcanzar a personas involucradas sentimentalmente con él.

Conforme lo dispone el artículo 8.d Circular N° 006-95-MP-FN, se descartan para la aplicación de este criterio de oportunidad las consecuencias que el imputado o denunciado quiso

causarse a él mismo o al menos previ6 como posibles. Por ejemplo, casos de automutilaci6n o de utilizaci6n de artefactos explosivos a sabiendas de su impericia o del riesgo excepcional que genera su utilizaci6n empírica.

En estos casos, el inter6s del Estado en la persecuci6n penal es realmente m6nimo. No hay entonces necesidad de someter estos hechos punibles a un proceso penal e imponerles una pena, la pena en estos casos resultara ilegítima porque se descargará una dosis de punici6n que no se condice con el contenido material del injusto, es decir, no es proporcional. La necesidad de pena, entonces, se asocia con un fin valorativo, es decir se aplica cuando resulta necesaria para alcanzar ciertos fines: de prevenci6n especial o prevenci6n general. Si la pena no alcanza ninguno de estos fines, en un sistema penal de orden democrático, debe prescindirse de ella.

b) Cuando se trata de un “delito de bagatela”, que por ello causa poca o ninguna alarma social.- El legislador igualmente ha consignado este supuesto bajo los t6rminos siguientes: “cuando se trata de delitos que no afectan gravemente el inter6s p6blico, salvo cuando el extremo m6nimo de la pena sea superior a los dos a6os de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario publico en el ejercicio de su cargo”. En principio, es conveniente advertir que la pretensi6n penal no esta sometida a la voluntad de las partes involucradas en el conflicto social que da lugar el delito, vale decir que el actor p6blico (representante del Ministerio P6blico) no est6 condicionado a la voluntad del ofendido para ejercitar la acci6n penal, esto en raz6n a que la sancion del delito es una funci6n eminentemente p6blica. Por lo tanto, el ius puniendo es una caracterizaci6n del poder coaccionador del Estado.

Es pues a trav6s del *ius puniendi* que se pretende interpretar el inter6s social por la persecuci6n del delito, el mismo que se encuentra, como es obvio, íntimamente relacionado con la alarma social que se genera por efectos de lesividad social que despliega la conducta criminal. Como se podr6 advertir, no todo injusto contiene una lesividad social que fundamente un inter6s social en la persecuci6n social. Existen un gran n6mero de casos que revelan un *injustos* de m6nima significancia antijurídica, lo que puede ser por varias circunstancias como, por ejemplo, un hecho cometido frente a un estado de necesidad justificante incompleto, ante un error sobre una causa de justificaci6n, frente a un error de tipo, o en casos de estados extremos causados por crisis de personalidad. Como se6ala el maestro Alberto Binder, frente a casos como los de peque6os hurtos en supermercados o en los hurtos cometidos por personas que, sin llegar a estar en un estado de necesidad justificante, se hallan en una situaci6n de pobreza angustiante, en los que se advierte escasa culpabilidad; o los delitos cometidos en el curso de alguna manifestaci6n p6blica en la que, por ejemplo, hubo alg6n tipo de provocaci6n policial (criterio cualitativo); supuesto en los que se puede tomar la decisi6n de no perseguir penalmente las conductas aludidas. As6, pues se constata que frente a los “delitos de bagatela” por

razones de utilidad se debe prescindir de una pena, ya que atendiendo a las circunstancias de debe promover la integración social entre las partes.

A través del artículo 10 de la Circular N° 006-95-MP-FN, es que se ha establecido los criterios para considerar que el “*delito no afecta gravemente el interés público*”, precisando que para valorar el interés público en la persecución el Fiscal considerará aquellas circunstancias que determinan la finalidad de la pena, es decir, los elementos ponderativos fijados en el artículo 46 del Código Penal, específicamente se debe advertir el modo de comisión del hecho, la habitualidad del mismo o razones similares que se encuentran recogidos en los incisos 1, 2, 3, 4 y 7 del artículo 46 del Código Penal; o los grados de deberes infringidos, el móvil del delito y los antecedentes o la habitualidad del agente. Para poder aplicar esta hipótesis, es necesario, conforme lo precisa el artículo que el extremo mínimo de la pena imputable al delito no sea superior a dos años de pena privativa de libertad. Asimismo, son amparables ambas modalidades de culpabilidad: dolo y culpa, pues en el dispositivo no se menciona un específico elemento del tipo subjetivo. Es evidente, conforme expresamente se precisa, se sustrae de esta hipótesis, el hecho de que el ilícito penal haya sido cometido por un funcionario público.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, Fiscal pueda apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público en su persecución. La norma precitada establece una excepción que impide aplicar el principio de oportunidad, cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o sea cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

En el supuesto en comento el legislador siguiendo la lógica del modelo acusatorio – garantista instaurado por el nuevo código Procesal Penal vigente, fortalece a presencia del Fiscal no solo como persecutor de la acción penal, sino sobre todo la del Fiscal garante de la legalidad; y como tal, a través del presente precepto, le encarga la delicada tarea de evaluar el hecho “punible” con el propósito de establecer si el “injusto penal” está necesitado de pena que justifique la realización de una actividad procesal.

Sabido es que el injusto culpable para ser considerado “punible” debe pasar por las comprobaciones de una serie de filtros o científicamente hablando por las categorías dogmáticas comprendidas en la teoría de la imputación, previstas en la Parte General del Código Penal, ahí, se encuentran los criterios para valorar los elementos contenidos en el injusto y en la culpabilidad del autor, los mismos que se refieren a la modalidad del ataque, el móvil del autor, la forma de ejecución, el grado de afectación al bien jurídico, así como su relevancia, el grado de conocimiento del peligro, la intensidad de la energía criminal, la conducta del autor después

de haber cometido el delito, entre otros. Se trata pues como se puede advertir de una serie de valoraciones objetivas y subjetivas e internas del autor, que pueden incidir sustancialmente en una prescindencia de pena por razones de necesidad y de merecimiento de pena. Se ha reglamentado en este aspecto el Principio de Oportunidad, recogiendo una serie de atenuantes y eximentes, las cuales deberán de ser analizadas luego de evaluar las circunstancias del hecho y las condiciones personales del denunciado (art.46 CP); y se refieren: a) el error de tipo (error sobre alguno de los elementos normativos del tipo) y el error de prohibición (error sobre la antijuridicidad de la conducta, conciencia del injusto; que en el caso del primer supuesto si es invencible excluye la responsabilidad o la agravación, y si fuera vencible será considerada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley; y si es invencible en el segundo supuesto, excluye la responsabilidad y si fuera vencible, atenúa la pena (art. 14 CP); b) el error de comprensión culturalmente condicionado, señalándose que el que comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o poder determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad y cuando por igual razón esa posibilidad se haya disminuida, se atenúa la pena (art. 15 CP); c) cuando no se ha producido lesión al bien jurídico, porque la acción no ha llegado a consumarse, sucede en los denominados delitos imperfecto o en grado de tentativo, que obliga a desvalorar la acción y desvalorar el resultado que obviamente no se ha producido, en estos supuestos corresponde disminuir “prudencialmente la pena” (art. 16 CP); d) en los casos de responsabilidad atenuada, que se produce cuando no concurren la totalidad de los supuestos de impunidad previstos en el artículo 20 del Código Penal, facultándose a rebajar la pena hasta límites inferiores al límite legal (art. 21 CP); e) en los supuestos de imputabilidad restringida por razón de edad más de 18 y menos de 21 años y más de sesenta y cinco años , se excluyen a los autores de los delitos de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria (art. 22 CP) f) en el caso de los partícipes, complicidad primaria y secundaria, en razón a que el grado de responsabilidad en el delito se mide según el grado de participación delictiva, determinándose que al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena (art. 25 CP).

d) En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del artículo 2 del Código Penal, se exige que el agente haya reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido. Conforme señala López Barja de Quiroga⁸, el principio de oportunidad se justifica por razones de igualdad, en la medida en que corrige las desigualdades del proceso de selección, en razón de eficacia, permitiendo excluir las causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves.

⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El Principio de Oportunidad”. En: *La actuación de oficio de Jueces y Tribunales. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, Osezno Editores España, 2003. cit., p. 68.

La reparación, como apunta el profesor Peña Cabrera Freyre⁹, puede producirse en dos vías: 1.- habiéndose ya reparada el daño, esto es, el imputado debe haber sufragado la reparación del bien jurídico objeto de protección, o en su defecto, sustituirlo por otro de igual condición; y, 2.- que, exista un acuerdo de reparación, el cual estará contenido en un documento público o documento privado legalizado por notario público (conforme lo exigía el artículo 2 del CPP de 1991, que aun cuando se encuentre derogado, nada impide que se continúe exigiendo) a fin de cautelar sus efectos ejecutivos.

VII. PROCEDIMIENTO

1. Conforme se encuentra previsto en el artículo 2 inciso 1 y 3 del Nuevo Código de Procedimientos Penales corresponde al Fiscal instar la iniciación del Procedimiento para la aplicación del Principio de oportunidad, lo que puede hacer sea mutuo propio (de oficio) y con el consentimiento del imputado o a pedido de este (en cuyo caso su consentimiento se encuentra implícito: 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 el monto de reparación civil que corresponda; asimismo, en caso de que no se llegue a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, corresponde al Fiscal fijar el plazo el mismo que no podrá exceder de nueve meses. La diligencia de acuerdo referida no será necesaria en caso de que el imputado y la víctima lleguen a un acuerdo y éste conste en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

2. Conforme se advierte el propósito de la diligencia de acuerdo es lograr la satisfacción de la reparación civil; buscando de esta manera a través del principio de oportunidad, que es una fórmula de origen alemán que plantea una suerte de excepción al principio de legalidad; se trata pues sin duda de una de las grandes transformaciones del derecho procesal penal, que el profesor Juan Rivero Sánchez¹⁰ destaca refiriéndose a ella denominándola “mcdonalización de la justicia pena” siendo alusión a al utilización de fórmulas de los restaurantes de comida rápida en ámbitos sociales diversos, como en el Derecho.

3. Este proceso de “mcdonalización”, en realidad una derivación de la teoría Weberiana de racionalización, se desarrolla en cuatro niveles: eficacia, cálculo, previsibilidad y control, conforme apunta el profesor Silva Sánchez¹¹. En el primer nivel de **eficacia**, se plantea una variación

⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl.- *En Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas. 2006. cit., pp. 169-170.

¹⁰ RIVERO SANCHEZ, Juan “*pistema y Derecho. Una exploración Jurídica Penal*. Granada: Comares 2004. p. 208.

¹¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las sociedades posindustriales*. 2º edición. Civitas. 2002. p.76.

del estado de las cosas; se pasa de un estado de necesidad a un estado de satisfacción de las necesidades. En el segundo nivel, de **cálculo**, se parte de una suerte de equiparación entre los ámbitos cuantitativos y cualitativos: cantidad y calidad son lo mismo, lo que, como es lógico, supone la exigencia de la prestación del servicio en el menor tiempo.

4. El tercer lugar es el de la **previsibilidad**: en un sistema de “mcdonalizacion”, la gente sabe qué esperar, no tendrá sorpresas. Finalmente en el nivel de **control** se prevé la obligación de respetar las normas y pautas preestablecidas.

5. Realizada la diligencia y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo, sanción de nulidad, que otra Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva la acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. En caso de que se haya acordado un plazo para pagar la reparación civil, se suspenderá los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. En caso de que no se produzca el pago, corresponderá dictar Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no es impugnabile (art. 2 inciso 4 NCP.).

6. Ejecutado el convenio en los términos del acta respectiva, corresponde al Fiscal dictar una disposición declarando la abstención del ejercicio de la acción penal, esto implica el archivamiento definitivo de la investigación, la cual no podrá ser reabierta por otro Fiscal si es que se tratasen de los mismos hechos, pues, si luego de dictada dicha disposición, se revelasen nuevos hechos que agravan el contenido del injusto (lo que puede producirse en algunos casos por colusión, entre víctima e inculpado, buscando el primero una pronta satisfacción de su interés (reparación del daño causado), en estos casos resulta obvio que no subsiste el impedimento de que otro Fiscal promueva la acción directamente o por medio del Fiscal Superior, quien se encuentra facultado para disponer que el Fiscal Provincial promueva la acción penal. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. En caso de que no se produzca el pago, corresponde dictarse Disposición para la promoción de la reparación civil, la misma que no es impugnabile. (art.2 inciso 4).

7. En el supuesto de que el Fiscal considere 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 reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, deberá previamente solicitar autorización del juez de la investigación preparatoria, quien resolverá en audiencia previa audiencia con los interesados, en la que procede aplicarse lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 2, del que nos hemos ocupado sub litem (art. 2 inciso 5).

8. A través del numeral 6 se amplió la aplicación del principio de oportunidad a una mayor constelación de casos, correspondiendo estos a los delitos: lesiones leves previsto en el artículo 122, hurto 185, hurto de uso 187, hurto de ganado 189-A, Primer Párrafo, apropiación ilícita 190, hurto impropio 191, apropiación de bien perdido o tesoro 192, disposición o apropiación de cosa recibida en prenda 193, estafa 196, casos especiales de defraudación 197, fraude en la administración de personas jurídicas 198, daños 205, libramiento indebido 215 del Código Penal; y en los delitos culposos. Precisándose que esta regla no rige para los delitos en los que haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otros delitos, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles; como se puede advertir aquí, la selección a partido del contenido de injusto, de aquellos que no suponen una grave alarma social en el colectivo, por lo tanto, se entiende que también es mínimo el interés social en la persecución.-

9. En el supuesto en que la acción penal haya sido promovida, corresponde al Juez de Investigación Preparatoria, dictar el auto de sobreseimiento, el mismo que únicamente procederá previo solicitud del Fiscal y en audiencia, en la que se contará con el consentimiento del imputado y citación del agraviado. En la decisión se podrá imponer o no las reglas previstas en el artículo 64 del Código Penal. La resolución se puede dictar hasta antes de formularse la acusación, la misma que no será impugnabile, salvo en lo que respecta al monto de la reparación civil, únicamente cuando esta hubiere sido fijado por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas cuando estas resulten desproporcionadas y afecten irrazonablemente la situación jurídica del imputado (art. 2 inciso 7).

10. En el supuesto de que las partes hayan llegado a un acuerdo reparatorio previo que este contenido en instrumento público o en documento privado legalizado notarialmente, en los supuestos previstos en el numeral 6, corresponde al Juez dictar auto de sobreseimiento, es decir aquí el Juez actúa únicamente aprobando judicialmente el acuerdo reparatorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BINDER, Alberto M. "Límites y posibilidades de la simplificación del proceso". - *En Doctrina Penal*.- Publicado en Justicia Penal y Estado de Derecho Ad-Hoc SRL. Buenos Aires año 13, 1990, cit. p. 73.-1993.

BINDER, Alberto M. *En Materiales de Lectura Instituto de Ciencia Procesal - Centro de Estudios de Justicia para las América*.- "Reformas Procesales Penales en América Latina"

TALAVERA, Pablo. *En Explicación panorámica del nuevo proceso penal peruano.- Litigación Oral y Prueba*.- Andrés Baytelman A. Lima: Mauricio Duce J. Editorial Alternativa con el auspicio de Instituto de Ciencia Procesal Penal. 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal I Parte General*. Ediciones Jurídicas. 1986.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El Principio de Oportunidad. En: *La actuación de oficio de Jueces y Tribunales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: Osezno Editores 2003.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas. 2006.

RIVERO SANCHEZ, Juan. *Epistema y Derecho. Una exploración Jurídica Penal*. Granada: Comares 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las sociedades posindustriales*. 2º edición. Civitas, 2002.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Editorial Jurídica Grijley 2004.

