UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

LA INADECUADA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:
FUNDAMENTOS PARA LA MODIFICATORIA DE LOS PARÁGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 2 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

Br.: NILDA NANCY AYMITUMA MINCHAN

Br.: CARLOS RAFAEL VERASTEGUI QUIROZ

Asesor:
Dr: Alex Miguel Hernández Torres

Cajamarca – Perú

2016

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

LA INADECUADA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:
FUNDAMENTOS PARA LA MODIFICATORIA DE LOS PARÁGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 2 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para el Grado Académico de Maestro en Derecho penal y Criminología

Br.: NILDA NANCY AYMITUMA MINCHAN

Br.: CARLOS RAFAEL VERASTEGUI QUIROZ

Asesor:
Dr: Alex Miguel Hernández Torres

Cajamarca – Perú
2016

COPYRIGHT © 2016 by

Nilda Nancy Aymituma Minchan
Carlos Rafael Verastegui Quiroz

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

APROBACIÓN DE MAESTRÍA

"LA INADECUADA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:
FUNDAMENTOS PARA LA MODIFICATORIA DE LOS PARÁGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 2 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO"

Presidente:	MBA. Max Cabanillas Castrejón
Secretario:	Mg. Christian Tantaleán Odar
Vocal:	Mg. Gabriela Aliaga Zamora
Asesor:	Dr. Alex Miguel Hernández Torres

DEDICATORIA

A mi hijo Alvaro Joackin, por ser mi mayor inspiración
en el logro de mis proyectos académicos y profesionales.

-Nancy

A mis hijas Betty y Valeria, por ser el soporte de mi superación

-Carlos

AGRADECIMIENTO

Nuestro agradecimiento a la Universidad Privativa Antonio Guillermo Urrelo por habernos permitido cumplir uno de nuestro objetivos académicos- cual es- optar el grado de magister, así como a los especialistas de esta casa superior de estudios quienes estuvieron siempre a nuestro servicio.

De igual forma al Dr. Max Cabanillas Castrejón por haber desplegado todo su esfuerzo en la coordinación y seguimiento de nuestro proyecto a fin de concretar este sueño. Sin pasar por alto el agradecimiento al Dr. Alex Miguel Hernández Torres así como al Dr. Christian Tantaleán Odar por su apoyo incondicional.

RESUMEN

La tesis se realizó para responder la siguiente interrogante ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano sobre inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez? Para tal propósito se cumplieron con los siguientes objetivos: Establecer los fundamentos jurídicos que permitan la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano sobre inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez; Interpretar exegéticamente los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano; Evaluar la opinión de los fiscales penales sobre los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano, en Cajamarca en el año 2015; y, Proponer un texto alternativo a la actual redacción de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano. En ese sentido se puso a prueba la siguiente hipótesis: Los fundamentos jurídicos que permiten la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano son la mayor celeridad y eficacia procesal, el respeto al derecho de igualdad, el reparo inmediato del agravio de la víctima y la incongruencia entre los mencionados parágrafos, por lo que deben subsumirse en una nueva redacción de solo un parágrafo. Para contrastarla se realizaron encuestas y se interpretó exegéticamente los parágrafos en cuestión, llegando a proponer que los dos párrafos deben ser unificados y deben quedar redactados del modo siguiente: “Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su aplicación”. Esta redacción recibió la aprobación del 66% de los fiscales penales provinciales y adjuntos de las tres fiscalías corporativas penales de Cajamarca.

Palabras claves:

Celeridad y eficacia procesal, el respeto al derecho de igualdad, el reparo del agravio de la víctima, incongruencia.

ABSTRACT

This thesis was done to answer the following question: What are the legal bases for modifying paragraphs b) and c) from item 9 of Article 2 of the Peruvian Code of Penal Procedure? For that purpose the following objectives were met: to establish the legal bases that allow the modification of paragraphs b) and c) from item 9 of Article 2 of the Peruvian Code of Penal Procedure; to exegetically interpret paragraphs b) and c) from item 9 of Article 2 of the Peruvian Code of Penal Procedure; and, to evaluate the opinion of district attorneys on paragraphs b) and c) from item 9 of Article 2 of the Peruvian Code of Penal Procedure, in Cajamarca, in 2015; to propose an alternative text to the current. In that sense, the following hypothesis was tested: the legal bases that allow the modification of paragraphs b) and c) from item 9 of Article 2 of the Peruvian Code of Penal Procedure are procedural celerity and effectiveness, the respect for the right of equality, redress of grievance to the victim, and incongruity between the above-mentioned paragraphs, so that they must be subsumed into a new redaction of just one. To verify it surveys were made and those paragraphs were exegetically interpreted. It is proposed to unify these two paragraphs and to redact them as follows: "Without being recidivist or hardened, he would have recourse to the principle of opportunity in two previous occasions, within the five years of its application." This redaction received 66% of approval from provincial and deputy attorneys of the three Attorney's Offices in Cajamarca.

Key Words

Procedural celerity and effectiveness, the respect for the right of equality, redress of grievance to the victim, and incongruity

INTRODUCCIÓN

El principio de oportunidad cumple múltiples fines dentro de la sociedad, de los cuales mencionaremos dos: ayuda a resolver la sobre carga procesal así como es beneficioso tanto para la víctima como para el imputado que haya cometido un delito de poca cuantía o poca trascendencia social, más conocidos como delitos de bagatela o delitos insignificantes. Y si bien es cierto con la dación de la Ley 30076 dada el 19 de agosto del 2013, se señalan las causales de inaplicación del principio de oportunidad, regulándolas en el numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal y que si bien es atendible que exista una limitación para la aplicación de los criterios de oportunidad a efectos no solo de frenar la impunidad sino de evitar una aplicación indiscriminada en los mismos, sobre todo en sujetos que han hecho de su actuar delictivo un modus vivendi, sin embargo es preciso señalar que la inaplicación del mismo no debe ser ponderada conforme lo establece los parágrafos b) y c) del numeral 9 citado, en la medida en que se afecta el mismo bien jurídico protegido a pesar que el investigado tiene conocimiento de su actuar delictivo y no obstante ello vuelve a cometer el mismo delito permitiendo en este caso la norma adjetiva aplicar el principio de oportunidad, en cambio en el segundo supuesto el agente no comete el mismo delito por tanto no reitera la conducta anterior, sino que por diversas circunstancias incurre en un delito que si bien merece sanción penal, resultaría factible aplicar los criterios de oportunidad a fin de dar solución a la controversia, sin embargo la norma procesal nos impide tal actuar.

Por lo que esta tesis busca responder a la pregunta ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal?, ello partiendo de los cuestionarios que se aplicaran a todos los fiscales del distrito fiscal de Cajamarca quienes conocedores de la deficiente redacción de tales parágrafos, lo que nos permitirá interpretar exegéticamente los parágrafos en cuestión así como pondremos a prueba las siguientes hipótesis: Los fundamentos jurídicos que permiten la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano son la mayor celeridad y eficacia procesal, el respeto al derecho de igualdad, el reparo inmediato del agravio a la víctima y la incongruencia entre los mencionados parágrafos, por lo que deben subsumirse en una nueva redacción de solo un parágrafo.

Con los resultados obtenidos en esta investigación, esperamos que el funcionamiento del modelo procesal penal se haga de acuerdo a la naturaleza del principio de oportunidad y de la justicia restaurativa, lo que será beneficioso para toda la sociedad. Si bien es cierto existen múltiples escritos sobre principio de oportunidad por lo novedoso que fue en su tiempo este mecanismo, lo que pretendemos es presentar las falencia de los mencionados parágrafos dando a entender que no son adecuados para el funcionamiento en la realidad, con lo cual se producirá nociones nuevas que servirán para una mejor evaluación teórica.

Así, la tesis ha quedado dividida en seis capítulos. En el primero de ellos se plantea el problema y objetivos, así como se fundamenta la pertinencia de la investi-

gación. En el segundo capítulo se aborda los temas vinculados a los aspectos teóricos del principio de oportunidad. En el tercer capítulo se tocan temas sobre los aspectos metodológicos. En seguida, el cuarto capítulo, va a presentar los resultados y la discusión teórica de nuestra hipótesis. Le sigue la propuesta y, finalmente, en el capítulo seis, nuestras conclusiones y recomendación.

ÍNDICE

RESUMEN vii

ABSTRACT ix

INTRODUCCIÓN x

ÍNDICE xiii

LISTA DE TABLA Y DE GRÁFICOS xvii

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA 2

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 4

1.3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN 4

1.3.1. Objetivo General 4

1.3.2. Objetivos Específicos: 4

1.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN 5

1.5. MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES 5

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 7

1.6.1. Teórica-Jurídica 7

1.6.2. Metodológica 8

1.6.3. Social o práctica 8

1.7. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN 9

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS 12

2.1.1. A Nivel Nacional 12

2.1.2. A Nivel Regional 12

2.2. BASES TEÓRICAS 16

2.2.1. El principio de oportunidad en el Perú 16
2.2.1.1. Antecedentes Del Principio De Oportunidad 16
2.2.1.2. Denominación 18
2.2.1.3. Definición 19
2.2.1.4. Clasificación de los sistemas de oportunidad 21
2.2.1.5. Principio de Legalidad 23
2.2.1.6. Principio de Legalidad y Principio de Oportunidad 24
2.2.1.7. Fundamento 26
2.2.1.8. Supuestos de Aplicación 26
2.2.1.9. Supuestos de Inaplicación del Principio de Oportunidad. 30
2.2.1.10. Trámite de la Aplicación del Principio de Oportunidad. 31
2.2.2. El principio de celeridad 32
2.2.2.1. Definición 32
2.2.2.2. Aplicación 34
2.2.3. El principio de economía procesal 37
2.2.3.1. Definición 37
2.2.3.2. Aplicación 38
2.2.4. El principio de igualdad 40
2.2.4.1. Concepto de igualdad ante la ley 40
2.2.4.2. La igualdad constitucional: Derecho a la igualdad y principio de igualdad 41
2.2.4.3. La igualdad como principio 42
2.2.4.4. La igualdad como derecho 44
2.2.4.5. Igualdad en el contenido de la ley 45
2.2.4.6. Igualdad en la aplicación de la ley 47
2.3. BASE LEGAL 50
2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS 51
2.4.1. Reincidencia 51

2.4.2. Habitualidad....52

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN....55

3.2. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA....55

3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN....56

3.3.1. Método Exegesis-jurídica....56

3.3.2. Método Dogmático-jurídico....57

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS....57

3.4.1. Técnicas....57

3.4.1.1. Encuesta....57

3.4.1.2. Análisis documental....58

3.5. Instrumentos....58

3.5.1.1. Cuestionario....58

3.5.1.2. Ficha de análisis documental....58

3.6. Análisis y Procesamiento de la Información....59

3.7. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN....59

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. RESULTADOS....61

4.1.1. Satisfacción de la víctima....61

4.1.2. Perspectivas para aplicar en más de una vez el principio de oportunidad....62

4.1.3. Sobre la incongruencia....63

4.1.4. Vulneración al Derecho de igualdad....64

4.1.5. Sobre la modificación....64

4.2. DISCUSIÓN....65

4.2.1. Improcedencia de aplicación del principio de oportunidad y su vulneración de los principios de celeridad, igualdad, economía y reparo a la victima....65

4.2.2. Celeridad y principio de oportunidad 71
4.2.3. Economía procesal y principio de oportunidad 72
4.2.4. Igualdad procesal y principio de oportunidad 73
4.2.5. La Reparación de la victima 75
4.2.5.1. La posición de la víctima frente a los criterios de oportunidad 80
4.2.5.2. Derecho a la reparación integral 82
4.2.6. Incongruencia entre los párrafos 86

CAPÍTULO V

PROPUESTA

5.1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN 89
5.2. PROYECTO DE LEY 91

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES 98
6.2. RECOMENDACIÓN 100

REFERENCIAS 101
ANEXO A 104
ANEXO B 105

LISTA DE TABLA Y DE GRÁFICOS

Tabla 1: Operacionalización de variables.....6

Gráfico 1: Satisfacción de la víctima 61
Gráfico 2: Aplicación del principio de oportunidad 62
Gráfico 3: Sobre la incongruencia 63
Gráfico 4: Vulneración del derecho a la igualdad 64
Gráfico 5: Sobre el texto propuesto 65

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Toda sociedad organizada jurídicamente no está libre de conflictos entre sus miembros. Durante mucho tiempo se pensó que era el Derecho Penal la mejor forma de poder solucionarlos o de impedir que se produjeran. Sin embargo, es desde la Ilustración donde se empezó a cuestionar el papel que debe cumplir el Derecho Penal para solucionar dichos conflictos. Luego, ya de forma práctica, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se empezará a poner freno al papel todo poderoso de los gobernantes frente al individuo y el Derecho Penal será visto de otro modo.

En nuestros días el Derecho Penal, entendido como normas de tipo penal, va a ser cuestionado por juristas como Zaffaroni (1993, pp. 9-30) y Parma y Mangiafico (2009, pp. 13-19), quienes plantearán su fracaso y, por tanto, su eliminación tal cual lo entendemos aún en nuestros días. No obstante, se ha hecho ver que es preferible su existencia (Bramont-Arias, 1997, p. 38). Por lo cual su presencia aún se presenta como necesaria en todos los Estados del mundo. Sin embargo, su existencia, en Occidente, se ve limitada por una serie de principios vinculados a los Derechos Humanos.

Nuestro nuevo modelo Procesal Penal se ha visto influenciado por los citados debates (Salas, 2007), al punto tal que regula, en su artículo segundo, la posibilidad

de abstenerse del ejercicio de la acción penal por el uso del llamado *principio de oportunidad*.

Este artículo se verá luego modificado por la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013, en donde se precisa que:

> No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado: 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.

Como puede apreciarse, existe una contradicción entre estos dos parágrafos cuando se hace una lectura literal de ellos, por cuanto el c) se sobrepondría al b); sin embargo, haciendo uso de una interpretación integral no se podría aplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio cuando el agente se ha sometido anteriormente a dicho criterio, por un delito de distinta naturaleza o que atente contra distinto bien jurídico protegido. En ese sentido consideramos que no es acertado inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez, cuando a pesar de que concurren los presupuestos para su imposición, nos encontramos frente a delitos de distinta naturaleza o bien jurídico protegido. De ahí que sea necesaria la modificación de los mencionados parágrafos.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano sobre inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez?

1.3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Establecer los fundamentos jurídicos que permitan la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano sobre inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez.

1.3.2. Objetivos Específicos:

- Interpretar exegéticamente los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano.

- Evaluar la opinión de los fiscales sobre los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano, en Cajamarca en el año 2015.

- Proponer un texto alternativo de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano.

1.4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Los fundamentos jurídicos que permiten la modificación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del art. 2 del Código Procesal Penal Peruano sobre inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez son la mayor celeridad y eficacia procesal, respeto al derecho de la igualdad a la ley, el reparo inmediato del agravio a la víctima y la incongruencia entre los mencionados parágrafos por lo que deben subsumirse en una nueva redacción de solo un parágrafo.

1.5. MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

La operacionalización de las variables se encuentra en la tabla 1 siguiente.

Tabla 1: Operacionalización de variables

Variable	Definición conceptual	Indicadores	Técnicas y Fuentes	Ítem
Mayor celeridad y eficacia procesal	La celeridad procesal es un principio que "debe conciliar, primero, la oportunidad de la administración de justicia para conocer las pretensiones formuladas, la procedencia de la vía procesal escogida y la pertinencia de las pruebas para una decisión justa y, segundo, el interés de las partes o de los sujetos procesales, para que sus reclamaciones o recursos se decidan con rapidez" (Rioja, 2008, p. 67). En sentido similar, la eficacia procesal "en el ámbito procesal penal, tiene muchísimas caras. Por un lado, el imputado, la defensa y el Ministerio Público […] de los jueces […] la víctima […] la sociedad […] y el sistema penitenciario sea tan eficaz que quien haya sido condenado y haya cumplido su pena no vuela a delinquir" (Franco, 2013, p. 1).	El tiempo en resolverse los procesos es menor que en los procesos ordinarios.	Legislación y doctrina.	Instrumento: Ficha de lectura Anexo B
Respeto al derecho de la igualdad a la ley.	La igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente.	Se aprecia el respeto irrestricto del derecho a la igualdad que le asiste a todo ciudadano.	Encuestas, Legislación y doctrina.	Instrumento: Cuestionario Anexo A Pregunta 4

Reparo inmediato del agravio a la víctima	Si consideramos que "para nuestro Código Procesal Penal, 'víctima' es lo mismo que 'agraviado'" y qué "**agraviado** es quien resulta titular del bien jurídico vulnerado" (Chinchay, 2010, p. 1).	Se observa que la víctima está conforme con la reparación inmediata	Encuestas, Legislación y doctrina.	Instrumento: Cuestionario Anexo A Pregunta 1
Incongruencia entre los mencionados parágrafos por lo que deben subsumirse en una nueva redacción de solo uno	La incongruencia es la falta de congruencia entre los citados párrafos. Es decir que no se encontrarán coherencia ni relación lógica del sentido normativo, entre ellos. (Alchourrón, 1996, p. 50)	Análisis exegético entre los mencionados parágrafos	Encuestas, Legislación y doctrina	Instrumento: Cuestionario Anexo A Pregunta 3

Fuente: Elaboración propia

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Teórica-Jurídica

El principio de oportunidad cumple con múltiples fines dentro de la sociedad, de los cuales mencionaremos dos: ayuda a resolver la sobre carga procesal, es beneficioso tanto para la víctima, como para el imputado que haya cometido un delito de poca cuantía o poca trascendencia social. En resumen, lo que buscan es que existe una mejora en la calidad de servicio de justicia, por cuanto busca que se resuelva de la forma más rápida algunos delitos con la intención de que no se vuelvan a cometer y que, la víctima, vea "reparado" el daño en forma inmediata. En ese sentido lo que se hará en la tesis será analizar los mencionados parágrafos con la intención de que estos cumplan el rol social anteriormente indicado.

Es decir, con los resultados obtenidos en esta investigación, esperamos que el funcionamiento del modelo penal se haga de acuerdo a la naturaleza del principio de oportunidad y de la justicia restaurativa, lo que será beneficioso para toda la sociedad.

1.6.2. Metodológica

La investigación tendrá una relevancia metodológica por cuanto no se va a limitar a realizar los análisis tradicionales del texto legislativo, es decir, únicamente no se ve a realizar interpretación de las leyes, sino que esta interpretación va a ir de la mano con las opiniones de los fiscales penales, quienes, en su diario acontecer, realizan la interpretación los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano, por lo cual, nuestra propuesta va a sustentarse en lo que ellos crean pertinente.

1.6.3. Social o práctica

El principio de oportunidad cumple con múltiples fines dentro de la sociedad, de los cuales mencionaremos dos: ayuda a resolver la sobre carga procesal, es beneficioso tanto para la víctima, como para el imputado que haya cometido un delito de poca cuantía o poca trascendencia social. En resumen, lo que buscan es que existe una mejora en la calidad de servicio de justicia, por cuanto busca que se resuelva de la forma más rápida algunos delitos con la intención de que no se

vuelvan a cometer y que, la víctima, vea "reparado" el daño inmediatamente. En ese sentido lo que se hará en la tesis será analizar los mencionados parágrafos con la intención de que estos cumplan el rol social anteriormente indicado.

Es decir, con los resultados obtenidos en esta investigación, esperamos que el funcionamiento del modelo penal se haga de acuerdo a la naturaleza del principio de oportunidad y de la justicia restaurativa, lo que será beneficioso para toda la sociedad.

1.7. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

De lo afirmado es pertinente concluir diciendo que la investigación es de suma importancia pues nos permitirá obtener una nueva redacción que logré cumplir con los principios de celeridad y eficacia procesal, además que se tomará en cuenta a la víctima, pues ésta lo único que desea es la reparación en forma inmediata del daño que le han causado.

En efecto, como se dio a conocer en la introducción de este trabajo, esperamos que el funcionamiento del modelo procesal penal se haga de acuerdo a la naturaleza del principio de oportunidad y de la justicia restaurativa, lo que será beneficioso para toda la sociedad. Si bien es cierto existen múltiples escritos sobre principio de oportunidad por lo novedoso que fue en su tiempo este mecanismo, lo que pretendemos es presentar las falencia de los mencionados parágrafos dando a en-

tender que no son adecuados para el funcionamiento en la realidad, con lo cual se producirá nociones nuevas que servirán para una mejor evaluación teórica.

CAPÍTULO II:

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS

2.1.1. A Nivel Nacional

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos contamos con una tesis que trata parte del tema de nuestra investigación. Así, Benavides (2002) realizó una investigación que tuvo como objetivo analizar la problemática y contribuir al perfeccionamiento de la aplicación de la conciliación en la etapa de investigación preliminar y judicial del proceso penal peruano. Más no se puede identificar con claridad los métodos que empleó. Dentro de sus conclusiones, las que nos interesan son las que afirman que

> El mayor número de casos resueltos en virtud de la aplicación del principio de oportunidad corresponde a la etapa preliminar del proceso penal, a cargo del Ministerio Público.
>
> Este principio se viene aplicando fundamentalmente por iniciativa de las partes interesadas y en un menor número de causas por iniciativa de oficio del fiscal, tanto en la instancia preliminar como en la judicial. (Benavides, 2002, p. 99).

Los resultados fueron obtenidos de las 47 Fiscalías Provinciales en lo Penal de Lima, en el periodo 1992-2001. Notamos que aunque el tema es principio de oportunidad, no hay un aporte significativo para nuestra investigación.

2.1.2. A Nivel Regional

En nuestro medio, en la Universidad Nacional de Cajamarca, se han identificado tres tesis que versan sobre el principio de oportunidad. La primera de ellas, que al parecer es la que inagura los debates sobre el funcionamiento de este principio en

nuestro medio, se encuentra en la Escuela de postgrado. La autora León (2006), se planteó como objetivo principal analizar las causas de la problemática en la aplicación del Principio de Oportunidad en las Investigaciones Preliminares y Procesos Judiciales en la Provincia de Cajamarca entre los años 1995- 2004 y proponer mecanismos viables para su adecuada aplicación; para ello ha recopilado información directamente de las cinco Fiscalías Penales y una Mixta (de aquella época), así como de los cinco Juzgados Penales y dos Mixtos, se ha encuestado a los Fiscales, Jueces, Abogados, Policía Nacional y Litigantes, efectuándose el trabajo de campo en forma simultánea con la investigación bibliográfica y documental.

Se determinó que la carga funcional de Investigaciones Preliminares en las Fiscalías Provinciales en su mayoría son por delitos de menor gravedad, que mayor porcentaje se deriva mediante la acción penal a los Juzgados y el resto se archiva pero en mínimo porcentaje mediante la aplicación del Principio de Oportunidad; idéntico panorama se observó en los Juzgados penales y mixtos donde también la carga procesal es por delitos de menor gravedad que terminan con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento y en mínima cantidad por sentencia condenatoria, sin embargo no se aplicó el Principio de Oportunidad, en sus unas de sus conclusiones son:

> El estudio realizado nos lleva a concluir que los Fiscales no dan mayor atención a la solución de las denuncias que llegan a su despacho aplicando el Principio de Oportunidad pues en las 6 Fiscalías Provinciales de la provincia de Cajamarca se encontró que entre 1995 – 2004 las denuncias ingresadas -en cada una de las 6 Fiscalías – que ocupan mayor porcentaje son por delitos considerados de menor gravedad, lo que a su vez entre 50% y 60% son formalizadas ante el poder judicial, las demás son archivadas, y sólo en un promedio de 3% se aplica el Principio de Oportunidad, habien-

> do un pequeño incremento entre los años 2003 y 2004.(5% y 7% respectivamente).
>
> El estudio realizado también nos lleva a concluir que igual sucede en los siete Juzgados de la Provincia que en un promedio del 66% se refiere a delitos de menor gravedad, de los cuales solamente 33% terminan con sentencia condenatoria y 67% termina con sentencia absolutoria o con auto de sobreseimiento y en ningún caso se aplicó el Principio de Oportunidad, lo que demuestra la preferencia al Principio de Legalidad (entendido como indisponibilidad de la acción penal) por parte de Fiscales, Jueces, Abogados y Litigantes. (León, 2006, p. 130)

Estos resultados han cambiado en nuestros días (ver más adelante la última tesis encontrada) ya que el legislador se ha visto en la obligación de promulgar ciertas restricciones al principio de oportunidad y justamente es la nueva legislación la que originó el problema planteado.

La otra tesis de nuestra localidad es de carácter dogmática. Esta tesis tuvo como objetivo determinar si la aplicación del Principio de Oportunidad por el Fiscal es inconstitucional, al afectar el principio constitucional de Jurisdicción, para lo cual buscó: Establecer cómo es entendido el principio constitucional de Jurisdicción en el Ordenamiento Jurídico Peruano y quién es el titular de ejercitarlo; indicar el modelo procesal penal, que rige en el ordenamiento jurídico penal peruano y cómo se evidencia en este modelo el principio constitucional de Jurisdicción y, determinar la actual regulación normativa del Principio de Oportunidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano y establecer cuándo el Fiscal aplica este principio. La autora, Jackie Soto, haciendo un análisis hermenéutico llegó a concluir que:

> Con la aplicación del Principio de Oportunidad extra proceso, se faculta a los fiscales a determinar la existencia de un delito ordinario, establecer la

> responsabilidad penal y el grado de participación del agente incriminado, así como fijar el quantum de la Reparación Civil; con lo cual se les está otorgando facultades Jurisdiccionales (específicamente facultades Jurisdiccionales Penales Ordinarias), por cuanto necesariamente para cumplir con lo facultado, tienen que aplicar e interpretar normas jurídicas sustantivas y adjetivas, ya sea de naturaleza Penal o Civil, recogidas en los Códigos Adjetivos y Sustantivos Penales y Civiles vigentes; lo que se evidencia además cuando tienen que aplicar e interpretar los criterios de oportunidad previstos en la propia norma que regula la aplicación del Principio de Oportunidad. (Soto, 2008, p. 120)

Entonces, este antecedente se enfoca más a la forma y a la supuesta vulneración por parte del fiscal del principio jurisdiccional, ya que estaría actuando como un juez cada vez que aplica dicha principio. Sin embargo, se prefiere la practicidad pues dicho principio continúa vigente aún.

Finalmente, la autora Longa (2013) se propuso averiguar ¿Cuál es el mecanismo del principio de oportunidad, en el distrito judicial de Cajamarca –desde el primero de abril hasta el 31 de agosto de 2010, como medio de resolver los problemas de los alimentistas?; se trazó como objetivo general: determinar los efectos que se producen en el de omisión a la asistencia familiar por la aplicación del principio de oportunidad, en el distrito judicial de Cajamarca desde el primero de abril hasta el 31 de agosto del 2010; y como específicos: "determinar los efectos que produce la aplicación del principio de oportunidad para el delito de omisión a la asistencia familiar antes de la entrada en vigencia del nuevo código y el nuevo código procesal penal en el modo de aplicar el principio de oportunidad para el delito de omisión a la asistencia familiar" (Longa, 2013, p. 15); además de "identificar los logros obtenidos por el nuevo código procesal penal aplicando el principio de oportunidad para el delito de omisión de la asistencia familiar; establecer los me-

canismos que debe adoptar el estado para que la aplicación del principio de oportunidad sea eficaz en el delito de omisión a la asistencia familiar" (Longa, 2013, p. 15).

La autora llega a las siguientes conclusiones:

> Antes de la entrada en vigencia del nuevo código procesal penal del 2004 en Cajamarca, durante los meses de abril –agosto de 2009, el 96, 15% de los fiscales no aplicaban el principio de oportunidad para el delito de omisión a la asistencia familiar por la alta carga procesal en sede fiscal que ellos tenían y porque el trámite para la aplicación de la misma era engorrosos, es por ello que muchas veces preferían acusar directamente; y por ende existía sobrecarga procesal en sede judicial que se acrecentaba con el transcurrir de los años, por los tanto el principio de oportunidad no era eficaz para el delito de omisión a la asistencia familiar.
>
> La diferencia más relevante entre el antiguo código procesal penal de 1991 y el nuevo código procesal penal de 2004 en el modo de aplicar el principio de oportunidad es que, con el nuevo modelo procesal penal la audiencia de aplicación del principio de oportunidad es más rápido porque solo se lleva a cabo entre el fiscal provincial que tomó conocimiento de una denuncia y si consideraba que era aplicable el principio de oportunidad, remitía los actuados a la fiscalía provincial especializada en su aplicación, mediante resolución motivada. (Longa, 2013, p. 115)

Estos resultados son importantes pues hacen notar que su uso en el delito de omisión a la asistencia familiar es necesario, pero de forma simple, para evitar su falta de uso.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. El principio de oportunidad en el Perú

2.2.1.1. Antecedentes Del Principio De Oportunidad

Cuando nos referimos al Principio de Oportunidad estamos aludiendo a una institución procesal que quiebra la inflexibilidad del clásico principio de obligatoriedad de la acción penal; ello por cuanto nuestro sistema procesal penal ha tenido una base netamente inquisitiva pues era regla casi absoluta que todo delito debe ser investigado y sancionado en base al principio de legalidad.

Sin embargo, actualmente el proceso penal es un mecanismo de resolución de conflictos donde existe la posibilidad de salidas negociables en las que se satisface la pretensión de las partes dentro de las limitaciones establecidas en la ley; es así que en atención a la gravedad o no de los delitos cometidos, funcionan las instituciones del Principio de Oportunidad, expresados también en el Acuerdo Reparatorio, y otros como el instituto de la Terminación Anticipada o Conclusión Anticipada del Juicio.

En ese entender, a partir del principio de oportunidad se trata de abreviar los procedimientos a quienes acepten los cargos, evitándole al Estado una persecución penal costosa y que tengan una larga duración en el tiempo. Conforme señala el tratadista Víctor Jimmy Arbulú (2015, p. 157), la orientación del Nuevo Código Procesal Penal es que menos porcentaje de casos lleguen a juicio, buscando salidas alternativas a fin de que se pueda resolver el conflicto surgido por la trasgresión de una norma penal.

Así mismo también haremos referencia como "Delitos Bagatela", como lo menciona Manuel Francisco Aparicio; cuando señala que los delitos insignificantes o de bagatela, como uno de los presupuestos necesarios para la aplicación del principio de oportunidad, responde a la necesidad de hacer frente a la pequeña criminalidad masificada o aquella que no produce una grave afección a los bienes jurídicos penalmente tutelados.

También como antecedente, haremos una mención a William Enrique Arana (2014), ya que nos señala un punto de referencia a un acontecimiento histórico.

En el Perú el principio de oportunidad se introdujo por primera vez en el código procesal penal de 1991.

2.2.1.2. Denominación

El legislador del 2004 ha rotulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal como "principio de oportunidad", la cual ha sido acogido por los operadores jurisdiccionales; sin embargo conforme anota el tratadista Constante Carlos Avalos Rodríguez, el citado artículo no consagra el principio de oportunidad como tal, esto es, como un principio, pues para que ello sea así, debería por lo menos haberse asignado a su texto una referencia a la facultad general de abstenerse de la promoción de la acción penal que se le otorga en nuestro ordenamiento jurídico al representante del Ministerio Público, como por ejemplo se hace al consagrarse el

principio de presunción de inocencia en el artículo II del TP del Código Procesal Penal de 2004, por lo que lo que el artículo 2° en referencia consagra son criterios de oportunidad, esto es, supuestos determinados -con una particular justificación cada uno de los que se han previsto- que introducen en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal como manifestaciones o consecuencias del agotamiento tácito- del principio de oportunidad por el legislador, ello por cuanto ni siquiera el artículo 2° agota la totalidad de los criterios de oportunidad contemplados en el Código Procesal Penal de 2004, pues existen en el mismo cuerpo normativo otros supuestos que posibilitan la renuncia a la persecución penal (Avalos, 2014, pp. 12-13).

2.2.1.3. Definición

Un primer análisis del principio de oportunidad nos permite constatar que se le ha venido definiendo como aquel que se contrapone excepcionalmente al principio de la legalidad penal corrigiendo su disfuncionalidad, no obstante, ésta afirmación no es del todo cierta, pues si bien es cierto que se acostumbra resumir las excepciones al principio de legalidad recurriendo a la expresión genérica "principio de oportunidad" no se trata siempre de oportunidad sino de intereses y presupuestos jurídicos diferentes, como lo son los criterios de economía procesal, tramados jurídicos-materiales o categorías de política criminal.

En el ámbito del derecho penal peruano podemos encontrar autores que definen el principio de oportunidad desde un punto de vista positivo, poniendo énfasis en los

aspectos normativos y procesales. Así tenemos que para Oré Guardia, éste principio es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, o en su caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurran los requisitos exigidos por ley. En estos casos, a pesar de haber un hecho delictuoso con autor determinado, el ejercicio de la acción penal se extingue por acto distinto de una sentencia, sustentado en los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello con el fin de solucionar en parte el grave problema de sobrecarga procesal y congestión penitenciaria.

El profesor Cafferata Nores (como es citado por Rosas, 2015, p. 447)., sostiene que el Principio de Oportunidad es la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar

Podemos conceptualizarla como la facultad discrecional del Fiscal para ejercitar o no la acción penal en los supuestos que establezca la norma procesal penal, con la finalidad de aliviar al organismo jurisdiccional de una sobrecarga de delitos de escasa afectación social y sobretodo que permita solucionar a las mismas partes afectadas de manera pronta y efectiva su problema.

2.2.1.4. Clasificación de los sistemas de oportunidad

Este rubro nos ayudará a ubicar la clase o el sistema que adopta el legislador peruano sobre el principio de oportunidad. Así, tenemos que el sistema guarda relación con la facultad que en cada país se otorga al fiscal para perseguir el delito a través de una oportunidad libre, propia del derecho anglosajón o una oportunidad reglada o atenuada, que se aplica en el derecho europeo continental.

a) <u>Modelo de discrecionalidad absoluta o de Oportunidad Libre</u>.- En el primer sistema la oportunidad es la regla, el cual se aplica en el derecho anglosajón, en el entendido que el titular del ejercicio de la acción penal sólo lleva a juicio aquello que puede ganar logrando una condena, por lo que si no existe tal posibilidad, no hay acusación, o que para lograr la condena se permitan negociaciones que pueden llevar a su impunidad parcial, o la de los otros delitos cometidos. Conforme señala el tratadista José Antonio Neyra (2015, p. 300), este sistema parte de la tradición estadounidense, tomándose como máxima expresión de este modelo a la institución del *plea bargaining*, que al Perú llega con el nombre de terminación anticipada.

En este sistema el fiscal ejerce las facultades persecutorias con una ilimitada discrecionalidad, por cuanto se ignora el principio de legalidad, dando lugar al principio de oportunidad que debe aplicarse como regla absoluta y

casi obligatoria. No se admite siquiera que el Fiscal pueda ser obligado a perseguir un caso de un hecho delictivo, éste tiene un amplio rango de discreción, hasta el punto que se le faculta si puede ordenar una investigación sobre un caso concreto o no, decidir si se inicia formalmente la persecución; si negocia con el imputado, elegir los cargos que se formula, donde y cuando, sin sujetarse a ninguna regla preexistente.

b) **<u>Modelo de Oportunidad reglada</u>.-** Esta modalidad de principio de oportunidad es propia del derecho continental europeo, que implica que es la norma la que va a establecer los presupuestos legales para la factibilidad o no de su aplicación. El Perú, en ese sentido, adopta la línea de la discrecionalidad reglada al facultarse al fiscal la abstención del ejercicio de la acción penal a través del Código Procesal Penal de 2004. En efecto, la predeterminación normativa regula y limita el ámbito de acción que el fiscal debe tener en cuenta para la aplicación justificada del principio de oportunidad; fundamentándose en principios de interés social, logrando la composición social, mediante la aplicación de la equidad, previa la concurrencia de ciertos requisitos señalados en la ley.

En ese sentido, como se ha señalado no es que el representante del Ministerio Público tenga facultades amplias e ilimitadas para decidir a su libre arbitrio y elección en qué casos habrá de iniciar y proseguir la persecución penal y en cuáles no; sino que es el legislador quien establece preceptos

específicos en los que va a habilitar y regular la posibilidad de que el fiscal deje de perseguir o no lo haga en los términos en que manda originariamente el principio de legalidad penal; quien podrá hacerlo en cada caso concreto en tanto el proceso de subsunción o adecuación normativa que realice tenga un resultado positivo.

2.2.1.5. Principio de Legalidad

En el Perú, el principio de oportunidad fue materia de discusión en la comisión de trabajo del Anteproyecto Alternativo del Código Procesal Penal de 1991, el cual recogía diversas regulaciones sobre el tema, aún cuando para San Martín Castro su origen se ubica en el modelo germánico. Otro antecedente más cercano, en el tiempo y en el espacio es el aporte sobre el tema del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, obra de la doctrina Latinoamericana y española que recogió los últimos avances sobre la materia en su tiempo. En el caso del principio de oportunidad que el Fiscal se podía abstener de ejercer la acción penal en los siguientes casos: i) Hechos por su insignificancia, falta de frecuencia, no afecten gravemente el interés público, la pena mínima debe ser menor de tres años; ii) Culpabilidad o contribución del agente sea leve: iii) Cuando el tribunal puede prescindir de la pena; iv) Cuando para evitar las consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal; v) Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidas por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección (Neyra, 2015, p. 301).

El Principio de oportunidad se implementó por primera vez en el Perú en el Código Procesal Penal de 1991, pero desde su puesta en vigencia no se utilizó mucho dicho procedimiento, por ello en el año 1995, con una circular emitida por la Fiscalía de la Nación (Circular N°006-95-MP-FN), se detalló el procedimiento para su aplicación.

Se tiene posteriormente su adecuada regulación a través del Código Procesal Penal de 2004, y en cuanto al Principio de Oportunidad se modificó mediante Ley N°30076, de fecha 19 de agosto de 2013, que introduce, entre otros, las causales de improcedencia de su aplicación.

2.2.1.6. Principio de Legalidad y Principio de Oportunidad

La sobrecarga procesal es uno de los núcleos problemáticos estructurales que se ha materializado en el Ministerio Público de Perú por dos principales razones: primero, por el incremento de la conflictividad, y segundo, por la falta de una óptima política de racionalización de recursos para afrontarla. Evidentemente, la solución tiene que ser enfocada desde un proceso de modernización integral del sistema de administración de justicia; sin embargo, en una sociedad altamente litigiosa, conflictiva y audaz para denunciar, se debe oponer resistencia con una política de persecución penal eficaz y eficiente que coadyuve a la solución de la conflictividad con una gestión selectiva y discrecional; ello por cuanto la idea de

que el principio de legalidad implica la investigación de todos los delitos, hasta las últimas consecuencias, no resulta clave para la vigencia práctica de un sistema de justicia acorde con una adecuada y eficiente política criminal que adopte el Ministerio Público.

Finalmente, como sabemos, el principio de legalidad procesal impone a los órganos estatales el deber de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de una noticia acerca de la posible comisión de un hecho punible de acción pública; no obstante, la realidad nos muestra que no hay sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen; ni siquiera a los que a él ingresan. Por ello, el debate se ha centrado entre el tradicional principio de legalidad procesal y los mecanismos de selectividad o discrecionalidad que con mayor flexibilidad hacen del sistema de justicia penal uno eficiente y altamente deseable; así se genera la existencia de la eterna sobrecarga procesal, cuando en realidad deberíamos orientar los recursos en perseguir delitos investigables como los homicidios, los delitos de corrupción o violaciones, en vez de perseguir delitos inconducentes que solo van a incrementar el gasto público. Es por ello que la selectividad se erige como el criterio discrecional y funcional, que ha hecho del principio de legalidad procesal un principio censurable que en la justicia penal de hoy ha perdido vigencia práctica.

2.2.1.7. Fundamento

En relación al fundamento se tiene que Reyna (2015, p. 200) sostiene que a través del principio de oportunidad se busca que las partes involucradas en un suceso, posiblemente delictivo, superen su controversia con la intervención del fiscal, que aparece ya no como acusador, sino como un conductor neutral que pretende acercar a las partes, ello por cuanto nos encontramos en un sistema de justicia restaurativa, por lo que en los supuestos del artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004, lo que importa es que se restaure la relación quebrantada, que se pague la indemnización por los daños causados.

2.2.1.8. Supuestos de Aplicación

El artículo 2° del Código Procesal Penal establece tres supuestos para la aplicación del Principio de Oportunidad:

2.2.1.8.1. Cuando el agente es afectado gravemente por el delito cometido (Inciso 1°)

De nuestra interpretación se puede afirmar que se trata del caso del "infractor-víctima" o agente que resulta víctima del delito que cometió pudiendo ser doloso o culposo para aquellos delitos de mediana y mínima lesividad social; determinando la falta de interés público de punición, no requiere reparar el daño debido a

que el autor ha sufrido una afectación grave sobre sus propios bienes jurídicos o su futuro entorno familiar.

Para éste supuesto es necesario tener en cuenta lo que nos menciona Christian Salas (2014, p. 30), cuando nos da mención a los suficientes indicios de prueba que acrediten la existencia del delito. El fiscal no solo debe de creer que el hecho debe contar con las evidencias o testimonios que permitan sustentar la existencia del delito. Ello se logrará en atención de los resultados obtenidos de la realización de las diligencias preliminares.

A su vez Alonso Raúl Peña (2007, p. 123), refiere a éste mismo punto, mencionando de ésta forma lo siguiente: "Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso siempre que éste último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 4 años y la pena resulte innecesaria".

2.2.1.8.2. Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público - Mínima Gravedad del Delito (Inciso 2°)

Como se infiere del texto, es aplicable a los delitos de mínima gravedad o denominados de bagatela cuya reprochabilidad es escasa y cuando el bien jurídico se protege es de menor relevancia pudiendo ser doloso o culposo, pero se requiere que la pena mínima no supere los dos años de pena privativa de la libertad, que no

afecte gravemente el interés público, ni mucho menos que el agente sea funcionario público que genera la comisión del hecho delictuoso en ejercicio de sus funciones; supuesto que se fundamenta en políticas descriminalizadoras.

Cabe destacar que Alexander Claros y Gonzalo Castañeda (2014), nos da referencia y haciendo mención al segundo supuesto que en un caso de criterio de mínima culpabilidad; y para hacer efectivo éste criterio se trata de distinguir a los agentes que habiendo efectuado la comisión de un ilícito, no poseen una culpabilidad total o absoluta y que por ende podría calificarse como menor por diversas circunstancias objetivas

2.2.1.8.3. Mínima Culpabilidad del Agente (Inciso 3°)

Este presupuesto está referido a la autoría o participación mínima del agente en la comisión del ilícito penal. La mínima culpabilidad del autor debe valorarse atendiendo los casos que la ley faculta disminución de pena por consideraciones personales del autor o el hecho que se investiga; no es procedente si el autor es funcionario público que delinquió en ejercicio de su cargo. Son los delitos en los que pueden operar el error de tipo y el error de prohibición (artículo 14 del Código Penal), error de comprensión culturalmente condicionado, cuando la cultura les impide determinarse que la conducta es antijurídica (artículo 15 del Código Penal), la tentativa (artículo 16), responsabilidad atenuada en los supuestos del artículo 20 (artículo 21 del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad

(artículo 22 del Código Penal), complicidad secundaria (artículo 25 del Código Penal).

2.2.1.8.4. Que existe consentimiento del Imputado

Según la forma que se presenta, podemos afirmar que se presenta cuan el imputado preste su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de Oportunidad, a fin de iniciarse el trámite correspondiente, lo que no implica necesariamente la aceptación de su responsabilidad o culpabilidad en los hechos imputados, puesto que de lo contrario, se estaría vulnerando su derecho de defensa y la presunción de inocencia.

2.2.1.8.5. Obligación de Pago

Ahora se presenta la obligación de pago, la que significa que el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es la restitución del bien, o en su caso el pago de su valor, y además la indemnización por los daños y perjuicios; o en todo caso, se hayan puesto de acuerdo el referido imputado con la parte agraviada. Cabe precisar que en los casos de falta de necesidad de pena no es necesario la exigencia del pago de la reparación civil.

2.2.1.8.6. Exclusión de Funcionarios Públicos

Interpretando se refiere a que en ningún caso puede aplicarse estos supuestos con funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Es decir está expresamente excluido el imputado que sea funcionario público y el delito cometido haya sido cuando se encontraba en ejercicio de una función pública.

2.2.1.9. Supuestos de Inaplicación del Principio de Oportunidad.

Cuando se promulgó el Código Procesal Penal de 2004, se establecieron los supuestos de aplicación del Principio de Oportunidad, siendo que los fiscales lo aplicaban de manera indiscriminada, razón por la cual el artículo 2° del referido cuerpo normativo fue modificado por el Artículo 3 de la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente: 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 la acción penal.

2.2.1.10. Trámite de la Aplicación del Principio de Oportunidad.

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 notarialmente.

Realizada la diligencia 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 contenga 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, la cual no será impugnable:

> Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adi-

cionalmente 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 la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

2.2.2. El principio de celeridad

2.2.2.1. Definición

La palabra *celeridad* deriva del latín celeritas, y significa prontitud, rapidez y velocidad. A partir de esta significación, se puede conceptuar a la celeridad procesal como la prontitud de la justicia a través de la rapidez y velocidad del proceso; éste último concebido como un sistema de garantías (Guzmán, 2010, p. 23).

Por el principio de celeridad se persigue la obtención de una justicia oportuna, sin dilaciones, lo cual se puede conseguir durante la secuela del proceso, eliminando los traslados innecesarios de los escritos que presenta una de las partes a fin de permitir que la contraparte conozca de los mismos, para que finalmente el juez resuelva desfavorablemente al solicitante; así como los términos excesivos para la realización de determinado acto procesal o la actuación de determinadas pruebas o las diferentes instancias a que están sometidos los procesos; por tanto, a partir del principio de celeridad se persigue acortar el tiempo de duración de los procesos y obtener una mayor certeza de los pronunciamientos, de manera tal que los ciudadanos puedan obtener un oportuno reconocimiento de sus derechos.

Este principio de celeridad presenta tres importantes manifestaciones:

a) **Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria,** la celeridad del procedimiento ha de obtenerse mediante la adecuada combinación de los principios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento.

b) **Desde el punto de vista de la legislación constitucional,** constituye un auténtico derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2).

c) **Desde el punto de vista de la política legislativa,** al haberse convertido el principio de celeridad, junto con el de eficacia, en uno de los postulados de la justicia social contemporánea, ha de informar las sucesivas reformas legislativas. Así, desde una perspectiva constitucional el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, para gozar de un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea resuelta dentro de un plazo razonable. El principio de celeridad se trata de un derecho subjetivo constitucional que asiste a todos los sujetos que sean parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad (Salas, 2013, pp. 61-62, 495).

2.2.2.2. Aplicación

Se suele decir comúnmente que la justicia que tarda en llegar no es verdadera justicia. Esta afirmación alude a uno de los problemas más graves del sistema de administración de justicia: la lentitud de los procesos; es por ello que el principio de celeridad pretende evitar demoras indebidas en el procesamiento penal de una persona. (Reyna, 2015, pp. 287-288, 603)

Dicho principio debe conciliar, primero, la oportunidad de la administración de justicia para conocer las pretensiones formuladas, la procedencia de la vía procesal escogida y la pertinencia de las pruebas para una decisión justa y, segundo, el interés de las partes o de los sujetos procesales, para que sus reclamaciones o recursos se decidan con rapidez. Por tanto, lo que busca es, eliminar trabas en los procesos judiciales y se corresponde con la concentración del mismo, buscando que el proceso sea ágil, rápido y formalista en lo imprescindible, por eso los plazos y términos son muy breves, siendo perentorios e improrrogables, pero principalmente debe lograr que la decisión del Juez sea efectiva; ello por cuanto el incumplimiento de los términos procesales contribuye al deterioro de la validez de la decisión judicial y a la falta de confianza en el sistema judicial pero más perjudicial es aun cuando en la etapa ejecutoria de la sentencia esta es dilatada de tal modo que se hace inoportuna, vulnerándose el principio de celeridad procesal por lo que constituye el deber del Estado el adelantar un proceso eficaz. Por tanto se constituye en un instrumento de tutela con rango constitucional que garantiza a

todas las personas que concurren ante los órganos jurisdiccionales una justicia equitativa expedita, sin dilaciones indebidas.

Por ello se debe tener en cuenta que el órgano jurisdiccional debe ser diligente no sólo en el cumplimiento de los términos del proceso sin también en la efectiva ejecución de mismo; en tal sentido, siempre que se determine un retardo en la actuación de la sentencia, se debe analizar las consecuencias que esta ha de traer como correlato al proceso.

Conviene precisar además que el principio de celeridad constituye una manifestación del principio de eficacia, pues tiene que ver con la regla de ejecutividad de los actos jurídico procesales, en razón que no se vea suspendida por la interposición de un medio impugnatorio y en consecuencia se conserven los actos de las partes del acto no afectado ante una declaración de invalidez, en tal sentido este principio tiene carácter de principio general del derecho.

Sin embargo, en el principio de celeridad procesal se debe tener en cuenta que, quienes participan en el proceso deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al mismo de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar no solo una decisión en tiempo razonable, si no también que esta sea hecha cumpliendo de manera inmediata sin más dilaciones, sin que ello releve a las

autoridades del respeto al debido proceso o se vulnere el ordenamiento legal, pero además que sea inmediatamente ejecutada la sentencia.

Estando a ello se debe tener en cuenta que la ciudadanía reclama una administración de justicia más rápida y eficaz y espera que el sistema judicial no solamente le dé una respuesta adecuada a las necesidades de los litigantes también las referidas a gestión judicial siendo misión del Ministerio Público brindar soluciones a los conflictos de intereses en un tiempo razonable, adecuado a los requerimientos de los ciudadanos, sin mengua de la calidad de las decisiones y que estas sean cumplidas de manera inmediata.

Por su parte, el principio de celeridad supone que el proceso debe ser sustanciado y resuelto sin dilación, procurando eludir las causas que le demoran; simplificando los trámites y suprimiendo aquellos que no son sustanciales; estableciendo límites para la realización de los actos procesales por parte de los litigantes, del juez y de los auxiliares de la justicia y penalidades para el caso de omisión, pero sobre todo en el momento en el cual la decisión judicial ha sido expedida y esta sea inmediatamente cumplida por el obligado.

Existen determinadas circunstancias en las que el factor tiempo es preponderante en la solución de un conflicto, por lo que se requiere de una rápida respuesta por parte del órgano jurisdiccional ante una situación catalogada de proceso urgente. Ello ha originado que nuestros legisladores hayan creado figuras destinadas a so-

lucionar de manera rápida y urgente las pretensiones que se formulan ante el órgano jurisdiccional encargado de aplicar la norma legal, entre las cuales se tienen los llamados criterios de oportunidad, que buscan dotar de una rápida solución a la controversia surgida con el consiguiente reparo a la víctima a fin de mitigar los efectos negativos que la conducta del autor del hecho generó con la realización del delito, lo cual se consigue sólo a través de la celeridad procesal, pues sin ella, resulta imposible lograr paz social. En tal sentido, la búsqueda de la paz social en justicia parte desde el hecho de apaciguar el litigio antes que profundizarlo.

2.2.3. El principio de economía procesal

2.2.3.1. Definición

Del mismo modo, la inaplicación de los criterios de oportunidad en supuestos de distinta naturaleza, tiene una manifestación a nivel de economía de gasto, en el sentido que los costos del proceso no pueden ser un impedimento para que las partes ejerzan sus derechos, de ahí que sea particularmente relevante el tiempo invertido por la administración de justicia en resolver un conflicto, dado que ese tiempo naturalmente tiene una valoración patrimonial para las partes y para el propio Poder Judicial.

La manifestación del ahorro está dado por la economía de esfuerzo, la misma que consiste en la supresión de trámites superfluos o redundantes, aminorando el trabajo de los operadores jurisdiccionales como los jueces y auxiliares de justicia y simplificando cada proceso en particular.

El principio de economía procesal es el principio formativo del proceso que consiste en que en el desarrollo del procedimiento se buscará obtener siempre el máximo beneficio, con el menor desgaste del órgano jurisdiccional. Según Chiovenda, es la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo. Este principio se refiere no solo a los actos procesales sino a las expensas o gastos que ellos impliquen. Así, en la STC Exp. N° 00037- 2012-Pa/Tc - Lima, caso Scotiabank Perú S.A.A., del 25 de enero de 2012, fojas 12, se establece: si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes (Luján, 2013, pp. 448, 542).

2.2.3.2. Aplicación

El principio de economía procesal comprende todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él, constituyendo sus variantes los principios de concentración, eventualidad, celeridad Para ello, debe considerarse como un índice de la confianza colectiva en el órgano jurisdiccional, la disminución de los formalismos, en obsequio a la cele-

ridad, aun cuando los formalismos deberán subsistir, siempre que estos no mengüen la celeridad del proceso y su eficacia.

Un aspecto fundamental del principio de celeridad es que debe ser concordado con el principio de concentración a partir del cual se tiende a acelerar el proceso eliminando trámites que no sean indispensables, lo que supone la concesión al fiscal de facultades amplias en la dirección del proceso, que le permita negar aquellas diligencias que considere innecesarias y disponer en cambio ciertas medidas destinadas a suplir omisiones de las partes o que estime convenientes para regularizar el mismo. Por tanto, se encuentra destinada a la abreviación del proceso mediante la reunión de toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos, y a evitar, por consiguiente, la dispersión de dicha actividad.

Se afirma que un aspecto de la aplicación del principio de economía procesal que configura el principio de celeridad, se halla representado por las normas destinadas a impedir la prolongación de los plazos y a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos. El Tribunal Constitucional señala que (…) el principio de celeridad procesal resulta de importante aplicación en los procesos judiciales, Exp Nº 6712-2005-PHC / TC. Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana (Riojas, 2008, p. 89).

Se debe tener en cuenta que todo conflicto penal conlleva a la alteración de la tranquilidad y la paz social y por ello se pretende que la justicia sea administrada lo más brevemente posible, sin alargar los procesos, pues de los contrario no solo

se estaría vulnerando el principio sino también el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.2.4. El principio de igualdad

Consagrado en el artículo 2) de la constitución política del Estado que señala: Toda persona tiene derecho "A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

2.2.4.1. Concepto de igualdad ante la ley

La esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado literal, por la expresión que la contiene. La dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender su contenido es su indeterminación; la igualdad es un concepto relacional. El mandato de igualdad no produce en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; solo proscribe el trato desigual arbitrario. Actualmente se llega a hablar de una "igualdad social", es decir, una concepción de la igualdad en la que el papel del Estado se orienta hacia la promoción de condiciones de equidad entre los individuos, ya que si bien se reconocen las diferencias entre estos, es necesario también garantizar un trato justo e igualitario a cada persona.

El concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Cada

hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad; si algo caracteriza a la sociedad moderna es precisamente el pluralismo, el derecho a que se reconozca nuestra individualidad, las características y particularidades de cada ser humano.

La igualdad apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona respecto del cual no cabe distinciones, y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

2.2.4.2. La igualdad constitucional: Derecho a la igualdad y principio de igualdad

La igualdad constitucional puede encararse desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

El máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio "implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa

o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático" y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental "comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias" (STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC).

2.2.4.3. La igualdad como principio

Cuando se afirma que la igualdad es un principio, se alude tanto a los alcances como al entendimiento que dan sentido a todo el ordenamiento legal, permitiendo entender que el sentido de una ley no está dado solo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento y su relación con las demás normas.

Los principios generales del Derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Se encuentran invariablemente en su estructura y en ocasiones expresadas en algunas normas positivas, incluso con rango constitucional. Permiten la creación y recreación del ordenamiento legal, su cabal aplicación y comprensión, y por supuesto tienen un especial papel en la integración del sistema. Tal principio no aloja una única norma, sino que su observancia implica diversas obligaciones que pueden ser sintetizadas en la reflexión aristotélica: "parece que la igualdad es lo justo y lo es, pero no para todos

sino para los iguales; y lo desigual parece que es justo, y ciertamente lo es, pero solo para los desiguales" (como es citado por Bilbao & Rey, 2003, pp. 113).

En la línea de precisar los alcances del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse (STC Exp. N° 0261- 2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/ TC, fundamento jurídico 2):

a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.

b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.

c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,

d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

De estos mandatos se derivarán los alcances de la igualdad constitucional en el ámbito objetivo y en el subjetivo, esto es, como línea directriz del comportamiento del Estado y como derecho fundamental de la persona, tema sobre el que regresaremos luego.

El principio de igualdad, además de concentrarse en un derecho general de igualdad, se despliega y manifiesta a través de diversos derechos especiales de igualdad, estableciendo situaciones jurídicas singulares o, incluso, específicos derechos constitucionales.

2.2.4.4. La igualdad como derecho

La igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. Así, en general, los ciudadanos somos sujetos de derecho en la misma proporción.

Por consenso, los derechos fundamentales han de ser concebidos como atributos que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las Constituciones. Se trata de derechos subjetivos del máximo rango y cualidad, siendo que toda persona que los detenta puede accionarlos a su favor acudiendo a las instancias tutelares correspondientes.

Vistas estas características, podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. Caso contrario cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones

disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable.

2.2.4.5. Igualdad en el contenido de la ley

Tanto la igualdad en el contenido de la ley como la igualdad en su aplicación, forman parte del concepto de igualdad ante la ley.

La igualdad ante la ley en un inicio solo se refería a la igualdad "en el contenido", esto es, a las características de la ley como general, abstracta y atemporal, así como a la atribución de una igual capacidad jurídica a toda la ciudadanía sin distinción. Con esta concepción de la igualdad se pretendía combatir los privilegios y arbitrariedades de la monarquía, el clero y la nobleza, a través de las leyes del parlamento que debían encarnar la voluntad general. Así considerada, la igualdad en el contenido de la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que, sin más, contravengan la igualdad de trato.

Expresada esta garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas.

No obstante, esta concepción formal de la igualdad puede llegar a ser falaz y dar una apariencia de igualdad donde no la hay, con lo cual se pone de manifiesto la injusticia de tratar igual a quienes soportan diferencias relevantes. ¿Cómo puede el analfabeto tener igual derecho a la libertad de prensa? ¿Cómo puede tener el mismo derecho a la salud quien vive en la miseria? Se advierte entonces con claridad que gran parte de la igualdad en los distintos derechos, está vinculada a situaciones fácticas y sociales de los individuos.

No cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique:

a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.

b) La acreditación de una finalidad específica.

c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde le perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,

e) La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue (STC Exp. N° 0018-203-AI/TC, fundamento jurídico 2 y STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3.2. De consulta imprescindible resulta la STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y ss).

2.2.4.6. Igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad ante la ley también comprende a la igualdad en la aplicación de la norma. En tal sentido, la regla de conocer y reconocer la igualdad de todas las personas no se le impone solo al legislador, sino que vincula a todos los órganos del Estado que crean y aplican el Derecho y, en particular, a la Administración estatal y a los órganos jurisdiccionales.

De esta manera, las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos. En tal sentido, tanto la Administración Pública como la jurisdicción, principales encargados de aplicar el Derecho, ejercen sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, salvo situaciones singulares,

objetivas y razonables. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas.

Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución.

Los órganos jurisdiccionales pueden resolver casos en apariencia similares con resultados diferentes, si se demuestra la razonabilidad constitucional de la decisión. Esto último solo se produce cuando el juez o la Administración consideran que el supuesto específico merece una aplicación diferenciada que restablezca una igualdad real, conforme a la Norma Fundamental. No obstante, también puede acontecer que el juzgador varíe una decisión anterior, cuando frente a un nuevo caso en apariencia igual, advierta que los supuestos fácticos o jurídicos tienen peculiaridades que sustentan resultados distintos; igualmente es plausible aquella situación en la que el órgano jurisdiccional varíe una tendencia jurisprudencial anterior, pese a que los supuestos sean los mismos, basando su decisión en avances o cambios científicos, sociales, económicos, o de otra índole que justifiquen tal mutación, amparándose en su autonomía funcional, supuestos que no tienen

que ver con superar una situación de inequidad a través de la aplicación diferenciada de las normas.

La doctrina ha establecido criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se produce o no la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (Bilbao & Rey, 2003, pp. 114-120). Así, el máximo intérprete exigió que:

a) La aplicación de la ley provenga de un mismo órgano, es decir, que una misma instancia emita resoluciones o actúe de manera arbitraria, caprichosa y subjetiva, sin base objetiva o razonable que justifique su proceder.

b) Exista identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y, por ello, merecían en el trámite una aplicación igual de la norma.

c) Se acredite un tertium *comparationis* válido; en otras palabras, que se demuestre la existencia de una "línea constante", una tendencia uniforme de interpretación y aplicación de las normas (que sirva de término de referencia o comparación).

d) No exista adecuada motivación que explique la variación de la tendencia para comprender y aplicar las normas, pues, como es sabido, no existe obligación por parte de quienes aplican las normas para entenderlas y utilizarlas siempre en un mismo sentido ante supuestos similares; por tanto, pa-

ra acreditar la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley debemos encontramos ante un alejamiento ilegítimo e irrazonable de la tendencia de aplicación anterior. (Bilbao & Rey, 2003, pp. 114-120)

2.3. BASE LEGAL

El Principio de Oportunidad en nuestro País está regulado en los siguientes dispositivos legales:

Artículo 2° del Código Procesal Penal.

Circular N°006-95-MP-FN, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N°1072-95-MP-FN del 15 de Noviembre de 1995.

Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N°200-2001-CT-FN que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de FEPDO de fecha 20 de Abril 2001, Modificatorio – Resolución del CTMP N°266-2001-CT-MP del 27 de Abril del 2001.

Ley N°27664 del 08 de Abril del 2002 – Acuerdo con víctima en documento público o documento privado legalizado por Notario no necesario presentarse para consentimiento.

Ley N°30076, que modifica e integra supuestos de inaplicación del principio de oportunidad.

2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.4.1. Reincidencia

La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: 1.- cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, ó 2.- cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

Nuestro Código Penal Vigente sanciona la reincidencia en el artículo 46B modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 46-B. Reincidencia

> 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 tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

2.4.2. Habitualidad

En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros.

Nuestro Código Penal Vigente sanciona la reincidencia en el artículo 46C modificado modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 46-C. Habitualidad

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. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

CAPÍTULO III:

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO.

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es pura pues no busca modificar algún aspecto de la realidad aunque buscará modificar la legislación, por lo cual puede ser considerada de *lege ferenda* (desde el punto de vista jurídico), hecha bajo el enfoque mixto (ya que se medirá la percepción de los fiscales e interpretará el texto legislativo), no experimental (por no tener control en las variables ni se las ha manipulado) y transversal (pues se van a buscar nuestros datos únicamente en el 2015). Se usará la exégesis jurídica

3.2. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

La investigación dogmática tendrá como unidad de análisis a los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano.

El trabajo de campo tendrá como unidad de análisis a los fiscales penales provinciales y adjuntos de las tres fiscalías corporativas de Cajamarca.

La población fue el total de los fiscales penales provinciales de las tres fiscalías corporativas, los cuales ascienden a 16 en total, más 23 fiscales adjuntos, haciendo un total general de 39.

De ellos no se pudo contar con dos al momento de realizar la investigación y, por motivos éticos y académicos, nosotros dos nos hemos abstenido de llenar la encuesta, con lo cual nuestro universo queda conformado, objetivamente por 35 fiscales. No fue necesario tomar ninguna muestra, por lo que universo y muestra coinciden.

3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. Método Exegesis-jurídica

El método exegético es un método de interpretación de textos que, luego del Código de Napoleón y será asumido por una corriente de pensadores a quiénes se les denominará, peyorativamente, la escuela exegética del derecho (Ramos, 1997, p. 22). En efecto, el mencionado Código fue hecho con tal precisión y cuidado que, en su momento, se llegó a pensar que el papel de los jueces y juristas era la de acatar lo que estaba ahí escrito, no necesitándose más que una simple interpretación para el caso específico. Es pues a esa forma de interpretar que se le llamó exégesis (Ramos, 1997, p. 23).

Sin embargo, en nuestros días la exégesis se debe realizar con todas las herramientas de conceptos y principios que la dogmática moderna ha sido capaz de producir en los últimos años, es una exégesis que está a punto de convertirse en hermenéutica (Sánchez, 2011, pp. 338-340). Por este motivo por el que se ha elegido este método, ya que se buscará la interpretación de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano.

3.3.2. Método Dogmático-jurídico

Este método busca la interpretación de los textos legales de modo institucional. Se trata de

> La exegesis aún en su sentido más elevado no nos proporciona sino el conocimiento *empírico* del derecho; la dogmática jurídica, por el contrario mediante el conocimiento sistemático de las normas jurídicas que, al relacionarse recíprocamente, permiten descubrir su uniformidad, determinar sus causas, fundamentos, y principios, nos ofrece el conocimiento *científico* del derecho mismo. (Rocco, 2009, p. 22)

Se entiende entonces que ambos métodos pueden y deben funcionar conjuntamente. En nuestro caso será de suma importancia el método dogmático pues nos va a permitir conocer el alcance dogmático de los parágrafos analizados. Pues, "la ciencia jurídica construye *dogmáticamente* el sistema de principios del derecho vigente" (Rocco, 2009, p. 23).

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.4.1. Técnicas

Se utilizarán la encuesta y el análisis como las técnicas más idóneas que permitirán dar respuesta a la interrogante planteada.

3.4.1.1. Encuesta

Esta técnica permitirá recopilar información directa de los principales actores quienes son los que ponen en práctica el *principio de oportunidad*, nos estamos refiriendo a los fiscales.

3.4.1.2. Análisis documental

Se hará uso del Análisis documental pues esta técnica permitirá recolectar datos e información que se necesitan para poder encontrar solución a nuestro problema, así, lo utilizaremos cuando se analice la doctrina, específicamente se lo utilizará dentro del método de la exégesis, pues se analizará de la legislación nacional sobre el principio de oportunidad.

3.5. Instrumentos

Se ha creído conveniente que, para contrastar la hipótesis, se utilicen las técnicas de la encuesta y el análisis documental. En ese sentido, los instrumentos que le corresponden respectivamente son: el cuestionario y las fichas.

3.5.1.1. Cuestionario

Siguiendo la operacionalizacón de variables se ha realizado el cuestionario que se encuentra en el anexo A.

3.5.1.2. Ficha de análisis documental

Dada cuando se realizó la lectura de libros, artículos y tesis vinculados con nuestro tema se lo hizo tomando en cuenta la ficha que se adjunta en el anexo B.

3.6. Análisis y Procesamiento de la Información

Los datos de las encuestas fueron procesados en programa Excel, por cuanto fueron de carácter descriptivo y su procesamiento y presentación no requerían de un *software* de mayor potencia.

3.7. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se respetará la identidad de las personas que se encuentren involucradas en nuestra investigación, para lo cual se ha realizado encuestas anónimas a los fiscales. Además, para no intervenir en los resultados, se ha creído conveniente inhibirnos en el llenado de las encuestas realizadas.

CAPÍTULO IV:
RESULTADOS Y DISCUSIÓN

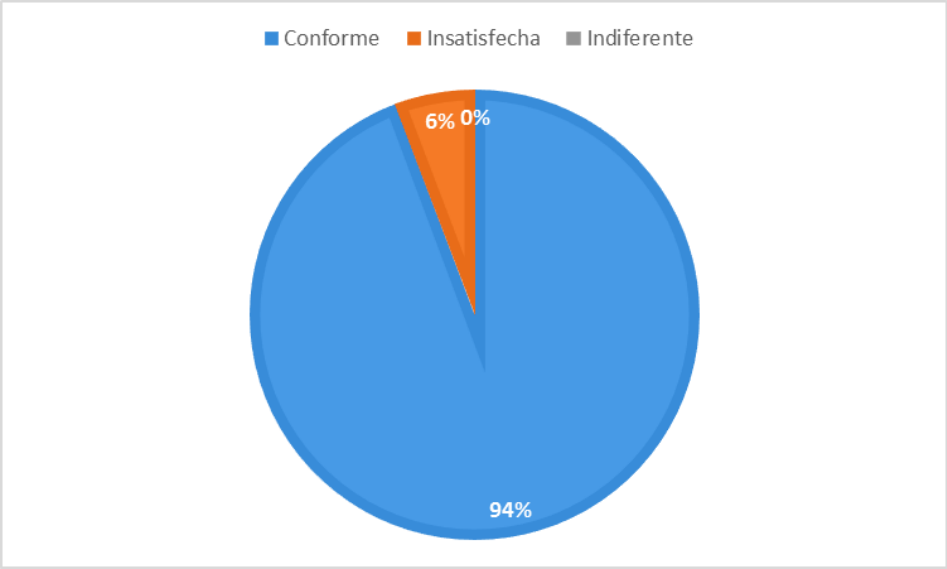
4.1. RESULTADOS

En primer lugar vamos a indicar los resultados que se produjeron por las encuestas realizadas. Los resultados del aspecto doctrinal hemos creído convenientes presentarlos en la sección de discusión, pues ahí haremos ver la solidez de nuestra hipótesis.

4.1.1. Satisfacción de la víctima

La satisfacción de la víctima por la aplicación del principio de oportunidad ha sido medida por las respuestas que dieron los fiscales y los resultados se encuentran en el gráfico 1.

Gráfico 1. Satisfacción de la víctima



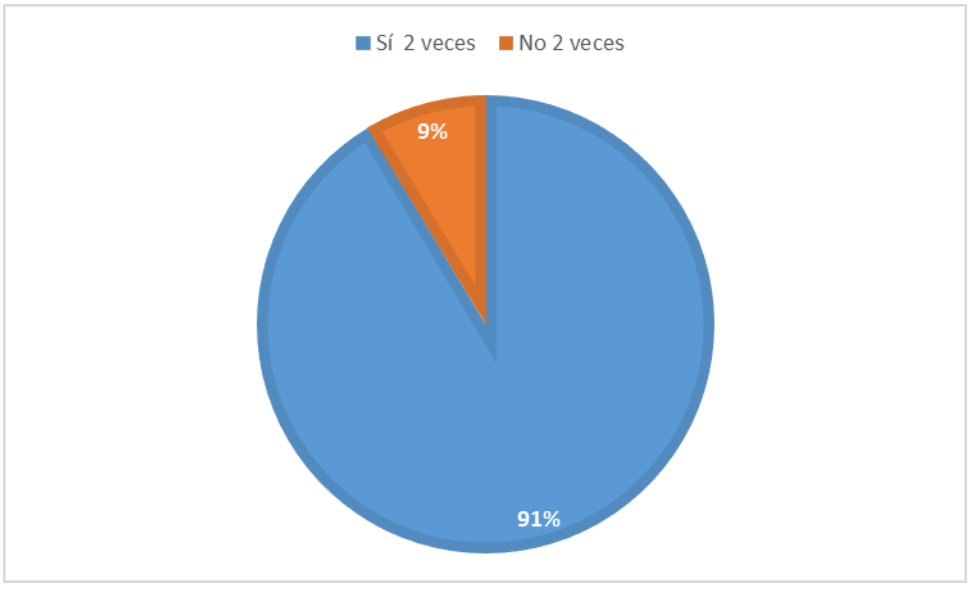
Fuente: elaboración propia

Como se observa, casi la totalidad de fiscales (94%) afirman que las víctimas se encuentran satisfechas luego de la aplicación del principio de oportunidad. El estado indiferente de la víctima no ha sido elegido por ningún fiscal.

4.1.2. Perspectivas para aplicar en más de una vez el principio de oportunidad

En esta oportunidad nos interesó medir si los fiscales se encuentran de acuerdo en que el principio de oportunidad sea empleado en más de una vez. Los resultados aparecen en el gráfico 2.

Gráfico 2. Aplicación del principio de oportunidad



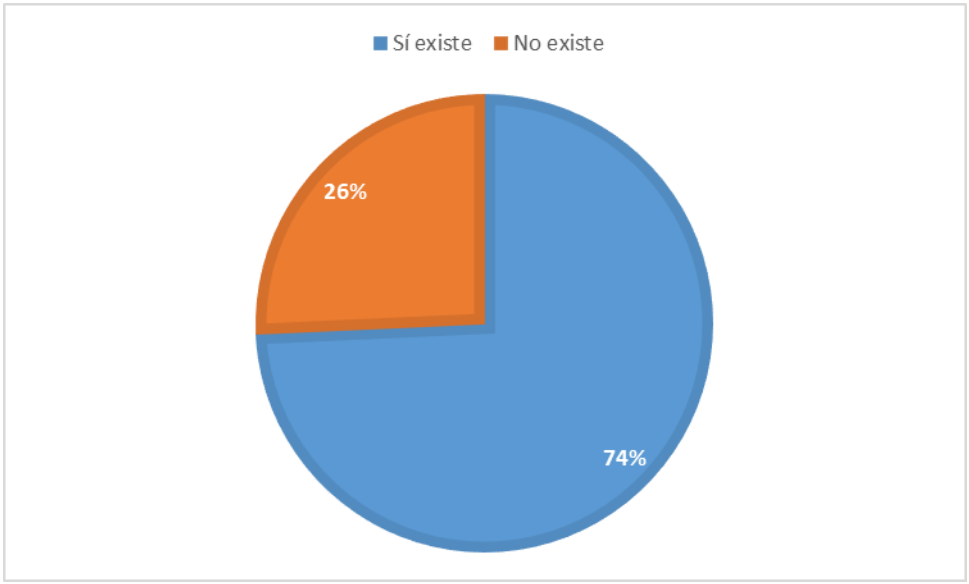
Fuente: elaboración propia

Se nota con claridad que los fiscales, en su mayoría (91%), se encuentran de acuerdo con que el principio de oportunidad pueda ser empleado por dos veces.

4.1.3. Sobre la incongruencia

Una opinión que nos interesaba conocer era la correspondiente a incongruencia en la forma de estar redactados los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano. Esto se observa en el gráfico 3.

Gráfico 3. Sobre la incongruencia



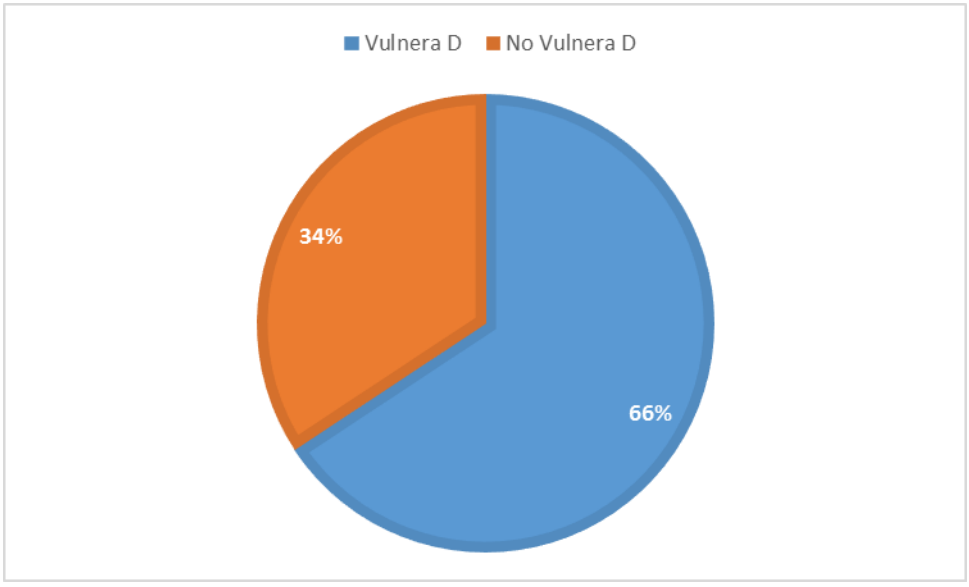
Fuente: elaboración propia

Notamos como resultado que una mayoría (74%) son quienes creen que, al igual que nosotros, piensan que existe una incongruencia entre los mencionados parágrafos. Este resultado es importante pues respalda nuestra postura que expondremos más adelante.

4.1.4. Vulneración al Derecho de igualdad

En el gráfico 4 se puede notar las opiniones de los fiscales sobre la vulneración al derecho de la igualdad por la redacción de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano.

Gráfico 4. Vulneración del derecho a la igualdad



Fuente: elaboración propia

Acá es de verse que, si bien la mayoría no es tan contundentes como en los anteriores casos, ésta se sigue presentando, con el 66%.

4.1.5. Sobre la modificación

Tales resultados se encuentran en el gráfico 5.

Gráfico 5. Sobre el texto propuesto

Fuente: elaboración propia

En esta oportunidad no interesó que los fiscales revisen nuestra propuesta de modificatoria y ella obtuvo el 66% de aprobación. Lo cual significa que la mayoría de los fiscales estuvo de acuerdo con ella. En efecto, el texto propuesto fue revisado por cada uno de los fiscales a quienes incluso se les precisó algunas nociones previas para que tengan un mayor contexto de opinión. Su opinión sobre nuestro texto propuesto resulta siendo de suma importancia pues son ellos quienes constantemente tienen que interpretar y aplicar los mencionados parágrafos bajo análisis, haciéndolos que sean los conocedores de las dificultades que enmarca y de la razonabilidad de nuestro texto propuesto.

4.2. DISCUSIÓN

4.2.1. Improcedencia de aplicación del principio de oportunidad y su vulneración de los principios de celeridad, igualdad, economía y reparo a la victima

El nuevo Código Procesal Penal introdujo como novedades la figura jurídica del "Principio de Oportunidad" conforme quedó redactado en su artículo segundo, siendo el Ministerio Público, Titular de la Acción Penal, quien se puede abstener de seguir ejercitando la acción punitiva antes y después de aperturarse la investigación siempre en cuando se cumplan los requisitos esenciales que señala dicho dispositivo legal.

El principio de oportunidad antes señalado, constituye una excepción al principio de legalidad que busca la eficiencia del sistema procesal a partir de criterios como los de Celeridad y Eficacia Procesal Penal, buscando obtener mejores resultados en el plano de la justicia, al consistir en pilares inquebrantables de los cuales se sirve el sistema procesal; sin embargo, no son los únicos aspectos que se han tenido en cuenta en la reforma legislativa, pues a ello se deben agregar otras finalidades como lo son: **1) la descriminalización**, ello por cuanto frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como "bagatela" el jus-puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena; **2) el resarcimiento a la víctima**, toda vez que se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional; **3) la eficiencia del sistema**, ya que la aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el ór-

gano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobrepoblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del País.

Es así, que el principio de oportunidad, así como los demás criterios de oportunidad, ha significado un avance en la búsqueda por descongestionar la carga procesal y el resarcimiento a la víctima para la pronta solución de los conflictos de escasa o meridiana gravedad.

En razón a ello, la celeridad y eficacia procesal de los criterios antes expuestos, ha sido instaurada con la finalidad de la aceleración del trámite tanto por el Ministerio Público, como por los órganos jurisdiccionales de los procesos penales que tienen a su cargo; ello con la finalidad de cubrir los conceptos de urgencia y validez que se exigen en todo proceso penal, a efectos también de la reducción de los plazos procesales.

La necesidad de la aplicación de dichas criterios se refuerza en el entender que el procedimiento que desarrollan los Fiscales no será un simple ritual, previo a formalizar su denuncia, sino que debe perseguirse la efectiva solución del conflicto penal con el acuerdo "reparatorio".

En ese sentido, si bien de la lectura de la norma se desprende que el acuerdo debería efectuarse en la primera concurrencia del imputado y la víctima al despacho del Fiscal, y que pensamos que ello sería lo óptimo exigible, nada impediría que el acuerdo se produjera en una segunda ocasión, después de que ambas partes consultaran y meditaran con serenidad la propuesta fiscal. Se aprecia que respecto al acuerdo "reparatorio" ambas partes deben aceptarlo, o no se solucionará el conflicto. Para ello, una buena estrategia para aumentar la aplicación del principio de oportunidad supone reforzar en los fiscales el perfil de un componedor de conflictos, lo que implica dotarlos de conocimientos y estrategias psicológicas pertinentes para motivar, generar y sostener un diálogo productivo con la pareja en el ilícito (el agente y su víctima) en casos de criminalidad menor, en que lo más significativo será, también, contribuir a desarrollar una cultura de paz.

No obstante lo anteriormente señalado, durante la vigencia del novísimo Código Procesal Penal (NCPP), se ha logrado advertir un uso indiscriminado de la aplicación del Principio de Oportunidad y acuerdo reparatorio por parte del órgano persecutor del delito, incluso a sujetos que han delinquido hasta en cinco oportunidades en un lapso no mayor de cinco años, por lo que, con la finalidad de frenar dicha circunstancia, con fecha 19 de agosto del 2013 se publicó la ley N° 30076, donde se establece -entre otros- las causales de inaplicación del Principio de Oportunidad y acuerdo reparatorio, aun cuando los autores del hecho no tengan la condición de reincidentes o habituales, los cuales se hallan contemplados en el numeral 9) del artículo 2° del NCPP.

En atención a lo anteriormente señalado, dos de los supuestos contemplados en el numeral anterior que hacen alusión a la inaplicación del principio de oportunidad, que en nuestro modesto entender, no guardan coherencia entre si y por tanto deberían ser modificados; el parágrafo b) del cual se desprende que no es posible aplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por tercera vez cuando se trate (los dos anteriores), de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico, y el parágrafo c) que imposibilita aplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez, dentro de los cinco años anteriores a la comisión del delito; es decir, y aun cuando literalmente entraría en contradicción con el supuesto anterior, haciendo una interpretación integral con el parágrafo anterior, no se podría aplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio cuando el agente se ha sometido anteriormente a dicho criterio, por un delito de distinta naturaleza o que atente contra distinto bien jurídico protegido.

Sin embargo, la distinción en la aplicación de los supuestos antes mencionados atenta contra los criterios de celeridad, economía, igualdad procesal y reparación oportuna de la víctima, téngase presente lo señalado por Perdomo Torres, citado por Constante Carlos Avalos Rodríguez, cuando señala que "*la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal se justifica de la mano de las desventajas de una aplicación estricta de la legalidad*" (Avalos, 2004, p. 15). Pongamos el siguiente ejemplo, si el investigado en el año 2013 se acogió al principio de oportunidad por el delito por conducción en estado de ebriedad, no podría someterse a la aplicación de dicho principio por un delito de omisión a la asistencia familiar, que tiene naturaleza distinta, lo cual resultaría contraproducente y

hasta perjudicial a la parte agraviada, pues el sujeto activo no repararía el daño causado sino a través de una terminación anticipada en la etapa intermedia, o acogiéndose a la conclusión anticipada del proceso a nivel de juicio oral, con el costo de tiempo y esfuerzo que se genera no solo para el Estado y a los operadores jurisdiccionales, sino fundamentalmente a los menores agraviados quienes se ven afectados frente al incumplimiento del pago de las pensiones devengadas por defectos del sistema procesal penal.

Sobre este punto ni la doctrina ni la jurisprudencia se han pronunciado aún, sin embargo, consideramos que limitar la aplicación del Principio de Oportunidad o acuerdo reparatorio en una segunda oportunidad cuando se trata de delitos de distinta naturaleza es irrazonable en supuestos como el señalado anteriormente, donde se encuentra de por medio el interés superior del menor; hagamos la siguiente pregunta ¿Qué es más perjudicial, aplicar el principio de oportunidad al sujeto que ha cometido por segunda vez en el mismo delito, con el conocimiento pleno de reiterancia delictiva, o aplicar el principio de oportunidad al sujeto que delinque por segunda vez, pero por un hecho delictivo distinto?; consideramos que el primero es más grave, pues en ésta, el agente ya tienen conocimiento de su delito y no obstante ello vuelve a caer en la misma conducta; en cambio en el segundo supuesto, el agente no comete el mismo delito por tanto no reitera la conducta anterior, sino que, por diversas circunstancias incurre en un delito que si bien merece sanción penal, resultaría factible aplicar los criterios de oportunidad a fin de dar solución a la controversia.

A continuación desarrollaremos los principios que se vulneran con la aplicación de los supuestos incongruentes señalados en los literales b y c del numeral 9) del artículo 2° del CPP, referido a las causales de improcedencia de aplicación del Principio de Oportunidad.

4.2.2. Celeridad y principio de oportunidad

Si tenemos en cuenta lo anteriormente expuesto (ver marco teórico) y trasladamos dicho razonamiento a las causales de improcedencia de aplicación del principio de oportunidad consagrados en los literales b y c del numeral 9) del artículo 2° del CPP, es de advertir que los supuestos de inaplicación del principio de oportunidad a delitos de distinta naturaleza, atentan contra el principio de celeridad procesal pues el sujeto activo, sin tener la condición de reincidente o habitual, no podrá someterse al beneficio procesal conllevando la instauración de un proceso penal con mayor gasto de recursos para el Estado, aun cuando la comisión de los delitos cometidos atente contra bienes jurídicos de bagatela o mínima lesividad. Ello además genera falta de reparo oportuno a la víctima y desatención del investigado, pues a medida que pasan los días, es sabido que el procesado se relaja y desatiende de sus obligaciones al grado de no comparecer a nivel de Investigación Preparatoria y Juicio Oral, siendo declarado contumaz, conllevando a que el Estado despliegue su acciones persecutorio, con mirar al logro de los fines del proceso penal, con el riesgo que implica la probable prescripción de la acción penal y del fracaso de los criterios de oportunidad, en supuestos que perfectamente pudieron ser apli-

cados si se tiene en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos en conflicto, la aceptación de los cargos y el compromiso oportuno de reparo a la víctima.

4.2.3. Economía procesal y principio de oportunidad

Como se aprecia, el principio de economía significa el ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero para las partes procesales en conflicto, pues a partir de ella el imputado sometido a proceso penal, puede someterse a los criterios de oportunidad a la brevedad posible, reparar el daño causado y por consiguiente no sólo obtener una segunda oportunidad para enmendar su conducta, sino que también genera el archivo del proceso en su contra, generando ahorro en la administración de justicia, a efectos de desplegar sus mayores esfuerzos en delito de gravedad o que afecten bienes jurídicos indispensables para el desarrollo en sociedad, lo cual podría llevarse a cabo en la medida que se le aplique al imputado los criterios de oportunidad hasta en dos oportunidades dentro del plazo de cinco años, sin importar la naturaleza del delito, en la medida que se cumplan los presupuestos y requisitos establecidos en el artículo 2° del Código Procesal Penal. Restringir los criterios de oportunidad sólo a una ocasión en caso de bienes jurídicos de distinta naturaleza – aun cuando se trate de delitos de bagatela- implica desnaturalizar la naturaleza misma de los criterios de oportunidad, que fueron precisamente instaurados no para que se apliquen en una sola oportunidad, sino para que, su aplicación discrecional, tenga sustento en atención al os bienes jurídicos en conflicto y la reparación oportuna a la víctima del delito.

4.2.4. Igualdad procesal y principio de oportunidad

Siguiendo el razonamiento del análisis de las causales de improcedencia de aplicación del principio de oportunidad, conviene precisar que al aplicar por segunda oportunidad el principio de oportunidad sólo contra los agentes que hayan cometido el mismo delito que el precedente (mismo bien jurídico protegido), resulta atentatorio al principio de igualdad procesal, pues la aplicación del principio de oportunidad fue instaurado, valga la redundancia, para la aplicación a delitos que reúnen los requisitos establecidos en el inciso b) del artículo 2° del Código Procesal Penal, esto es, para delitos que no afectan gravemente el interés público, que no ha sido cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, que el extremo mínimo de la pena no supera los dos años de pena privativa de la libertad, que existan suficientes elementos de convicción que vinculan al imputado con el hecho punible, y que existe un acuerdo reparatorio con la víctima o agraviado que ha sufrido directamente las consecuencias del hecho punible; siendo éstos los únicos presupuestos que deben existir para la aplicación del principio de oportunidad.

Según se observó, el 74% de los fiscales piensan que existe una vulneración al derecho de igualdad ante la ley por la actual redacción de los parágrafos estudiados (ver gráfico 3). En tal sentido, si el legislador ha creído conveniente restringir la aplicación del principio de oportunidad a dos supuestos dentro del plazo de cinco años, con la finalidad de evitar un uso indiscriminado de dichos criterios, tam-

bién lo es que su aplicación, en todos los casos, debe ser hasta en dos oportunidades, sin tener en cuenta la clase de delito que se comete –siempre que reúna los presupuestos antes señalados- pues de lo contrario se estaría efectuando un trato desigual a los autores de hechos delictivos de distinta naturaleza, lo cual no consideramos acertado, pues por el contrario, si un sujeto comete un delito, por ejemplo un hurto simple, se somete al principio de oportunidad, y luego incide en el mismo delito, hurto simple, su conducta es más reprochable que un sujeto que comete un delito, por ejemplo de conducción de vehículo en estado de ebriedad, y luego comete el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, pues en el primer supuesto, a pesar de haber sido instruido de su actuar delictivo incide en el mismo hecho.

Lo señalado anteriormente guarda coherencia con los presupuestos por los cuales se considera a un sujeto como habitual, pues para que se configure ésta circunstancia, el acuerdo plenario N°1-2008/CJ-116, señala en el fundamento 13.d) que la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y *de igual naturaleza;* de donde se tiene que la conducta de un sujeto para que sea considerado habitual, debe atentar hasta en tres oportunidades contra el mismo tipo penal o bien jurídico protegido, en tanto que si son hechos de distinta naturaleza o bien jurídico protegido, no es considerado delincuente habitual y por tanto le asiste una circunstancia menos gravosa que la habitualidad; por ello siguiendo el mismo razonamiento, el aplicar principios de oportunidad por distintos delitos no agrava la conducta del agente, y por tanto no debe considerarse una circunstancia de inaplicación del principio de oportunidad.

4.2.5. La Reparación de la victima

El conflicto social tiene como protagonistas reales a quien delinque (agresor u ofensor) y a quien soporta la agresión u ofensa, por ser el portador real del interés o bien jurídico que la norma protege. Estas relaciones humanas se establecen aún en los delitos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales, en los que por su naturaleza es más difícil la determinación particular de las víctimas.

Los Estados democráticos deben asegurar la participación de la víctima en el procedimiento penal, ya que sólo así es posible descorrer el velo de la abstracción jurídica prevista en la norma penal, para vislumbrar el drama humano que subyace detrás del delito. Esta visión coherente con el sistema de garantías que emerge de nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no puede alcanzarse en el marco de un proceso penal que mantenga ausente a víctima y prescinda absolutamente de su voluntad.

En la actualidad ya no se discute el derecho de la víctima a intervenir en el proceso, pues el centro de la discusión actual reside en determinar el alcance de sus poderes en relación a los fines del procedimiento penal.

Mirar a la víctima como sujeto, implica reconocer sus intereses concretos, darle la posibilidad de expresar su voluntad y participar activamente en la resolución del

conflicto penal, inclusive a través de mecanismos de composición. Esta concepción en la faz procesal, supone la revisión del límite material absoluto de la verdad real -heredada del sistema inquisitivo- para crear espacios de "consenso". Desde el punto de vista material, implica el reconocimiento de un derecho penal de "alternativas", abierto a la recepción de las necesidades de los verdaderos protagonistas del conflicto.

Reconocer a la víctima como un verdadero sujeto del sistema penal implica la necesidad de buscar un nuevo paradigma procesal de base acusatoria, que la admita realmente como parte. En ese contexto, la víctima se sitúa frente al juez como ciudadano libre y activo, dotado del derecho de hacer valer libremente sus razones y de ser escuchada en el marco de un proceso dialéctico, basado en la relación entre sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante.

Un sistema acusatorio que considere a la víctima como un verdadero sujeto del proceso, al mismo tiempo que debe permitir que ésta participe eficazmente en el momento crucial de la resolución de la causa, debe dar eficacia jurídica a su voluntad para acordar formas alternativas de solución de los conflictos penales, ya sea para evitar la pena, para simplificar o acelerar su imposición, o para pactar su extensión.

En un derecho penal de alternativas, la intervención del Estado debe estar justificada; esa "justificación" opera como garantía del ciudadano, a la vez que sirve de

límite a la intervención punitiva del Estado. Es por ello que cuando se produce la reconciliación entre el autor y la víctima (que en gran medida requiere como base una gestión reparatoria –aunque sea simbólica- por parte del autor) y el conflicto es solucionado por sus verdaderos protagonistas, se deslegitima la potestad punitiva del Estado y se paraliza su intervención.

Con el fin de atender simultáneamente la necesidad de reparación a la víctima, la rectificación de la conducta delictiva y la prevención de su repetición, se busca priorizar la *justicia restaurativa*, con miras a lograr el balance entre la víctima, el infractor y la comunidad. Particularmente en relación a delitos menores, la justicia restaurativa es preferible al tradicional proceso penal, en razón de que ayuda a fortalecer el tejido social y conduce a una reducción del uso de la privación de libertad.

La tendencia es la búsqueda de la conciliación entre el imputado y la víctima; cuando esto se produce y el daño es reparado en los términos libremente acordados por los protagonistas del conflicto, la acción penal se extingue.

La posición que ve a la "reparación del daño" como una *tercera vía del derecho penal*, es la que mejor responde a los lineamientos de nuestra Constitución, ya que para hacer efectiva la tutela jurídica de la víctima, cuando el delito lesiona intereses o derechos concretos, disponibles por su titular, éstos deben priorizarse, aún por sobre el interés estatal en la imposición de la pena. Por esta vía se pretende

acercar a los protagonistas reales del conflicto penal, para que sean ellos quienes encuentren la forma de resolverlo.

Se debe tener en cuenta que la reparación del daño contribuye al cumplimiento de los fines de la pena ya que está al servicio de la paz jurídica. A través de ella la víctima siente realizadas sus expectativas de reparación "material" (indemnización) o "moral" (pedido de disculpas), a la vez que el victimario, reparando el daño, asume las consecuencias de su acto antisocial y reconoce la ley que le permite obtener una solución alternativa a la pena.

Por ello, como respuesta al fracaso de la regla de la legalidad se han ido introduciendo en el sistema penal peruano "criterios de oportunidad" que operan como *excepciones a la irretractabilidad de la acción penal*, a la vez que generan *espacios de consenso*. En general, estas instituciones aun cuando encuentran su fundamento en razones utilitarias, tienen la doble finalidad de priorizar la prevención especial en autores de delitos leves y de satisfacer el interés de la víctima

El desarrollo de la victimo-dogmática impulsó y dio fuerza política a la visión de derecho penal como instancia de solución de conflictos sociales antes que como expresión del poder estatal. En esta concepción, propia de un Estado democrático, la rígida estructura del proceso penal construido sobre la base del paradigma de la búsqueda de la verdad para imponer una pena, debe ser concebido como *última ratio*; es decir, que debe acudirse a él sólo cuando las alternativas no funcionen.

Se debe tener en cuenta que el derecho penal más allá de su *función punitiva*, busca cumplir una "función social", proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría de los delitos, por tanto se debe exigir que los intereses de la víctima se prioricen por sobre el interés estatal en la imposición de la pena en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable.

La reparación civil no puede ser considerada como una tercera vía, junto a las penas y medidas de seguridad, tal como lo propone Roxin; al margen de las críticas de que pueda hacerse al modelo penal reparador, en el sentido de que la sustitución del paradigma punitivo por el reparatorio no sólo no obedece a consideraciones de carácter humanitario, o que las bases ideológicas preventivo-generales de signo positivo sobre las que se asientan se hacen acreedoras de las mismas críticas que cualquier modelo sustentado sobre esa finalidad de la pena, o que puede conducir a la privatización del sistema de justicia penal, no puede decirse que nuestro ordenamiento jurídico penal haya llegado todavía a asumirlo.

En ese orden de consideraciones, en el ordenamiento penal peruano, ni la reparación a la víctima se configura como una sanción, ni se da paso a expedientes que permitan imbricar la mediación reparadora en el proceso penal de adultos, en el diseño de las alternativas a la prisión. Si se configura la reparación a la víctima o a la sociedad como sanción autónoma, podemos ya entender al principio de oportunidad y a los acuerdos reparatorios como una especie de pena, alternativa al de

privativa de libertad, con naturaleza restrictiva de los derechos, además de incluirla posteriormente entre los sustitutivos a la pena privativa de la libertad, con tal criterio, muchos reos en cárcel saldrían libres, pero tienen que reparar en forma efectiva el daño que han causado y eso sería una pena. Resulta adecuado la consideración de aspectos de carácter reparatorio a efectos de permitir el acuerdo de una alternativa a la pena privativa de libertad cual suspensión de la pena (Hurtado, 2011, pp. 111-114, 254).

Tratar de generar igualdad entre víctima y ofensor es una preocupación clásica en la teoría de Aristóteles. La justicia correctiva busca la igualdad que existió entre víctima y ofensor antes del acto injusto; la responsabilidad está supuesta para instaurar la igualdad aritmética tomando las ganancias de la acción del injusto y transferirlas a la víctima. La justicia distributiva busca la igualdad geométrica de distribuir los bienes y males de la sociedad proporcionalmente entre destinatarios potenciales. La justicia retributiva combina rasgos de la justicia correctiva y la distributiva. La dimensión correctiva consiste en buscar igualdad entre el ofensor y la víctima preocupada por su sufrimiento antecedente (Fletcher, 2008, p. 185).

4.2.5.1. La posición de la víctima frente a los criterios de oportunidad

Los criterios de oportunidad a la vez que constituyen excepciones a la regla de la legalidad, operan en la práctica como medidas alternativas a la privación de libertad. Estos criterios, aun cuando encuentran su fundamento en razones utilitarias, tienen la doble finalidad de priorizar la prevención especial en autores de delitos

leves y de satisfacer el interés de la víctima. Siendo así es necesario que en la regulación de estos criterios se busque realmente alcanzar ambas finalidades y no detenerse en prácticas puramente utilitarias que terminen en una nueva postergación del rol central que la víctima debe ocupar en el proceso penal.

En el plano procesal, el rol de la víctima, dependerá del modo en que esta institución sea reglada. Si se considera a la víctima como sujeto, se buscará que su voluntad sea relevante para la aplicación del criterio de oportunidad, promoviendo el acercamiento de las partes a través de mecanismos de conciliación o mediación que busquen el diálogo entre los protagonistas del conflicto, para que sean ellos quienes encuentren la forma de resolverlo. En cambio desde la visión de la víctima colaboracionista, aplicando estrictamente los parámetros de la ley material, se llegará al consenso con la voluntad del imputado y del fiscal, sin importar lo que opine la víctima.

La reparación como respuesta alternativa se presenta en este caso como una tercera vía del derecho penal. La doctrina nacional propicia la aplicación de esta vía a otros conflictos penales, especialmente en relación a ilícitos que afecten intereses o derechos disponibles por su titular.

4.2.5.2. Derecho a la reparación integral

El nuevo papel que se le debe dar a la víctima y la protección de sus derechos, busca también establecer procedimientos que permitan satisfacer los intereses afectados de la víctima, incluyendo los supuestos en los que si bien el autor no es sancionado penalmente pero aquella igualmente haya sufrido un daño atribuible a este. En lo siguiente nos hemos basado en Villegas (2013, pp. 139-140, 263).

Tales orientaciones de alguna forma pretenden dirigir –aunque de forma limitada– al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal hacia un sistema con componentes transaccionales en que la víctima pueda arribar con el delincuente a mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales, en tanto lo principal será buscar una adecuada reparación del daño para la víctima, entendiéndose a este tipo de reparación como una tercera vía en el Derecho Penal. En ese sentido la orientación victimológica ha fijado preferentemente su atención a los actos de reparación o compensación a la víctima como medio para lograr la satisfacción de sus intereses, y con ello a su vez propiciar una reconciliación entre el autor y la víctima. Con la reparación, la actuación de la víctima como parte en el proceso se hace más palpable, por cuanto ella formará parte del debate sobre los términos del acuerdo, su voz será escuchada, y atendida en el proceso. Asimismo con esta figura se muestra que el proceso penal ya no consiste en una relación bilateral (fiscal-autor) sino trilateral (fiscal-autor-víctima). Ahora bien, las propuestas que se hacen para alcanzar un acuerdo de compensación entre autor y víctima son muy diversos en los detalles, pero la idea

fundamental es la misma: se debe llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima.

El profesor alemán Claus Roxin ha señalado los beneficios que a su criterio, traería aparejada la reparación del delito:

i) Ventajas para la víctima: Afirma –el jurista alemán– que, mediante los mecanismos de la reparación, la víctima resulta indemnizada -es necesario señalar que esta reparación del daño no se identifica con la reparación civil, de manera que no se trata de darle un carácter penal a esta última. Aun cuando la reparación del daño consista en el pago de la reparación civil, esta sigue siendo tal, lo que no impide que se le reconozca también ciertos efectos en el plano penal. De la misma manera que en el *non bis in idem* la sanción penal puede abarcar los efectos de protección del ámbito administrativo, la reparación civil puede alcanzar ciertos efectos beneficiosos o exoneratorios en el ámbito penal- rápidamente sin ningún costo ni esfuerzo propio. Mientras que en otros sistemas penales, el proceso penal impedía que la víctima pudiera obtener alguna vez una indemnización efectiva, o que en otros casos debiera acudir al Derecho Civil y a su proceso para una indemnización por daños.

ii) Ventajas para el autor: El interviniente (autor o partícipe) del ilícito penal tiene la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria, de salir librado

con una importante atenuación de la pena, o, incluso, y tal vez, con una suspensión condicional a prueba de la misma. Tanto desde un punto de vista social como personal, ahí se encuentra una gran oportunidad de que se motive al autor para emplear todas sus fuerzas, a fin de alcanzar un acuerdo de compensación que satisfaga a la víctima. Estamos aquí, por consiguiente, ante la situación poco común en la que convergen los intereses de la víctima y del autor, precisamente ahí reside la gran fuerza de fascinación de este modelo y la perspectiva de que supere la prueba de la práctica.

iii) Ventajas para la administración de justicia: La administración de justicia se ahorra un proceso civil o, por lo menos, esfuerzos inútiles de ejecución de sentencias. Pues la *action civile o la compensation order*, solo proporcionan a la víctima un título ejecutivo que carece de cualquier valor cuando el autor, como suele suceder, o bien no posee nada o bien se sustrae a la ejecución. Este gasto inútil de energía en el proceso y en la ejecución desaparece, en cambio, cuando el autor, tal como prevé el modelo propuesto, presta por sí mismo la indemnización de perjuicios. Además, en la administración de justicia penal se evita practicar pruebas costosas y que exigen mucho tiempo, si el autor y la víctima se ponen de acuerdo y los hechos sometidos a enjuiciamiento están fuera de discusión. Por consiguiente, cualquier acuerdo de compensación autor-víctima vinculado con la indemnización tiene que ser bienvenido por la administración de justicia.

Si bien se debe precisar que la víctima busca a partir de la administración de justicia, el castigo al autor del delito, con la finalidad de que no vuelva a reincidir en su conducta frente a la sociedad, también lo es que, por otro lado, busca de manera inmediata, que se le restituya o indemnice por los daños que la conducta del agente le ha causado a sus bienes personales o patrimoniales, pues de esa forma sentirá cierto consuelo por el perjuicio sufrido, hecho que se logra para los delitos de bagatela únicamente a partir de la instauración de los criterios de oportunidad, que por un lado se limita la aplicación del mismo al agente hasta en dos oportunidades, y por el otro se satisface el interés de la víctima evitando la instauración de un proceso largo y tedioso que a la postre le significa una insatisfacción por los daños sufridos. Circunstancia que no se podría satisfacer del todo si, discriminando el hecho, únicamente aplicamos los criterios de oportunidad en una sola ocasión por un segundo delito que, en muchos casos y aun cuando es de distinta naturaleza que el primero, vulnera un bien jurídico protegido de menor intensidad que el primero.

En efecto, tal y como se puedo ver en los resultados (gráfico 1), los fiscales han podido percibir que lo que les interesa a las víctimas, más que el castigo en sí, es que exista un acuerdo para que ellas puedan sentir una compensación por el agravio sufrido. En efecto, los fiscales contundentemente, en un 94% se han podido dar cuenta de ello.

4.2.6. Incongruencia entre los párrafos

En las líneas siguientes pretendemos hacer notar que con la dación de la Ley 30076 dada el 19 de agosto del 2013, en donde se señalan las causales de inaplicación del principio de oportunidad, se ha generado una incongruencia en los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal.

En efecto, tal regulación es atendible pues es necesario que exista una limitación para la aplicación de los criterios de oportunidad, a efectos no solo de frenar la impunidad sino de evitar una aplicación indiscriminada en él, sobre todo en sujetos que han hecho de su actuar delictivo un modus vivendi, sin embargo, es preciso señalar que la inaplicación del mismo no debe ser ponderada conforme lo establece los parágrafos b) y c) del numeral 9 citado, en la medida en que se afecta el mismo bien jurídico protegido a pesar que el investigado tiene conocimiento de su actuar delictivo y no obstante ello vuelve a cometer el mismo delito permitiendo en este caso la norma adjetiva aplicar el principio de oportunidad.

En cambio, en el segundo supuesto, el agente no comete el mismo delito por tanto no reitera la conducta anterior, sino que por diversas circunstancias incurre en un delito que si bien merece sanción penal, resultaría factible aplicar los criterios de oportunidad a fin de dar solución a la controversia, sin embargo la norma procesal nos impide tal actuar.

Cuando los fiscales respondieron el cuestionario sobre la incongruencia de los mencionados parágrafos, ellos, en su mayoría, con un 74%, afirmaron que tal incongruencia estaba presente. Además si añadimos que el 91% está de acuerdo en que se debería aplicar el principio de oportunidad por dos veces, y que el 66 % considera que existe una vulneración al derecho de igualdad, lo cual nos hace ver que existe una incongruencia entre los mencionados parágrafos, que se ha podido percibir no solo en la discusión presentada sino que también en los resultados iniciales.

Por lo tanto, existe una incongruencia entre los mencionados parágrafos que deberá originar que se subsuman en una nueva redacción de un solo parágrafo.

CAPÍTULO V:
PROPUESTA

5.1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

En atención a los argumentos antes expuestos, es de advertir con claridad la incongruencia en las causales de inaplicación del principio de oportunidad, por lo que, en relación a ello cabe preguntarnos **¿es acertado inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda vez, cuando a pesar de que concurren los presupuestos para su imposición, nos encontramos frente a delitos de distinta naturaleza o bien jurídico protegido?**, consideramos que no y que el parágrafo c) del numeral 9 del artículo 2° del Código Procesal Penal, modificado por Ley N°30076, atenta contra la naturaleza misma de los criterios de oportunidad, en un sistema de justicia penal restaurativa como postula el modelo procesal penal vigente.

El parágrafo b) del numeral 9 del artículo 2 del CPP señala que no procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado: "*sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiese 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*", criterio que es graficado por el fiscal Willian Arana Morales al poner como ejemplo el siguiente: "si en dos oportunidades anteriores se trata del delito de omisión de asistencia familiar y al agente nuevamente se le investiga por el delito de omisión a la asistencia familiar, cabe un segundo principio de oportunidad,

pero no un tercero, salvo que pasen más de cinco años de la aplicación del ultimo principio de oportunidad" (Arana, 2014, p. 243).

El supuesto de inaplicación antes señalada guarda coherencia con la finalidad de la promulgación de la ley N° 30076, pues por necesidades de *prevención especial*, no cabe otorgar una tercera posibilidad de archivo de un delito al agente que ha cometido dos delitos de la misma naturaleza en un lapso de cinco años, pues ello facilitaría la comisión delictiva con la única obligación de pensar -por parte del responsable- en dar solución a los problemas reparando el hecho civilmente, sin mostrar mayor arrepentimiento respecto a la reiterancia delictiva por un delito del cual ya fue investigado anteriormente y por tanto conocía las consecuencias de su actuar.

No obstante ello, conforme lo hemos advertido, el parágrafo c) no tiene una redacción similar con los criterios adoptados en el parágrafo anterior, pues únicamente se le permite al investigado someterse a la aplicación del principio de oportunidad o acuerdo reparatorio cuando el imputado, "*sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiese acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del ultimo delito*", esto es, y siguiendo a Willian Arana Morales, dicha circunstancia se presentaría cuando por ejemplo si un sujeto pretende acogerse al principio de oportunidad por un delito de lesiones dolosas cometido el 01 de enero del 2014, no podrá hacerlo si antes se acogió a un principio de oportunidad por delito de hurto simple luego

del 01 de enero del 2009 (Arana, 2014, p. 243); criterio que no consideramos acertado y que limita de manera drástica la aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio, si se tiene en cuenta que la instauración del mismo busca no solo la celeridad y eficacia procesal, sino también reparar el agravio generado a la víctima del hecho punible; por lo que, a nuestro modesto entender, y dado que dicha incongruencia atenta contra el principio de igualdad procesal, debe dejarse sin efecto el parágrafo c) del numeral 9 del artículo 2° del CPP, en tanto que el inciso b) debería quedar redactado de la siguiente manera:

> No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado b) "*Sin tener la condición de reincidencia o habitualidad, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio, en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación*".

5.2. PROYECTO DE LEY

Proyecto de Ley N° _____

Congreso de la República

PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA
LOS PARÁGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL
ARTÍCULO 2° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

.....

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA LOS PARÁGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 2° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo único. Modificación:

Modifíquese, subsumiéndose los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2° del Código Procesal Penal en los términos siguientes:

Art. 2° Principio de oportunidad

Numeral 9:

No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo repa-
ratorio cuando el imputado:

b) "*Sin tener la condición de reincidencia o habitualidad, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio, en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación*".

Disposiciones finales

Primera.- Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se es de advertir con claridad la incongruencia en las causales de inaplicación del principio de oportunidad, por lo que, en relación a ello cabe preguntarnos ¿es acertado inaplicar el principio de oportunidad o acuerdo reparatorio por segunda

vez, cuando a pesar de que concurren los presupuestos para su imposición, nos encontramos frente a delitos de distinta naturaleza o bien jurídico protegido?, consideramos que no y que el parágrafo c) del numeral 9 del artículo 2° del Código Procesal Penal, modificado por Ley N°30076, atenta contra la naturaleza misma de los criterios de oportunidad, en un sistema de justicia penal restaurativa como postula el modelo procesal penal vigente.

El parágrafo b) del numeral 9 del art. 2 del CPP señala que no procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado: "*sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiese 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*", criterio que es graficado por el fiscal Willian Arana Morales al poner como ejemplo el siguiente: "si en dos oportunidades anteriores se trata del delito de omisión de asistencia familiar y al agente nuevamente se le investiga por el delito de omisión a la asistencia familiar, cabe un segundo principio de oportunidad, pero no un tercero, salvo que pasen más de cinco años de la aplicación del ultimo principio de oportunidad" (Arana, 2014, p. 243).

El supuesto de inaplicación antes señalada guarda coherencia con la finalidad de la promulgación de la ley N° 30076, pues por necesidades de *prevención especial*, no cabe otorgar una tercera posibilidad de archivo de un delito al agente que ha

cometido dos delitos de la misma naturaleza en un lapso de cinco años, pues ello facilitaría la comisión delictiva con la única obligación de pensar -por parte del responsable- en dar solución a los problemas reparando el hecho civilmente, sin mostrar mayor arrepentimiento respecto a la reiterancia delictiva por un delito del cual ya fue investigado anteriormente y por tanto conocía las consecuencias de su actuar.

No obstante ello, conforme lo hemos advertido, el parágrafo c) no tiene una redacción similar con los criterios adoptados en el parágrafo anterior, pues únicamente se le permite al investigado someterse a la aplicación del principio de oportunidad o acuerdo reparatorio cuando el imputado, "*sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiese acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del ultimo delito*", esto es, y siguiendo a Willian Arana Morales, dicha circunstancia se presentaría cuando por ejemplo si un sujeto pretende acogerse al principio de oportunidad por un delito de lesiones dolosas cometido el 01 de enero del 2014, no podrá hacerlo si antes se acogió a un principio de oportunidad por delito de hurto simple luego del 01 de enero del 2009 (Arana, 2014, p. 243); criterio que no consideramos acertado y que limita de manera drástica la aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio, si se tiene en cuenta que la instauración del mismo busca no solo la celeridad y eficacia procesal, sino también reparar el agravio generado a la víctima del hecho punible; por lo que surge la necesidad de modificar tales aspectos de la normatividad actual.

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto modifica los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2° del Código Procesal Penal, modificado por Ley N°30076.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

1. Se ha mostrado que es necesaria una modificatoria de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano, por existir una incongruencia en sus parágrafos, además que dicha modificatoria ayudaría a que se produzca una mayor celeridad y eficacia procesal, que se respete al derecho a la igualdad a la ley, que se logre el reparo inmediato del agravio a la víctima.

2. El parágrafo c) del numeral 9 del artículo 2° del Código Procesal Penal, modificado por Ley N° 30076, atenta contra la naturaleza misma de los criterios de oportunidad, en un sistema de justicia penal restaurativa como postula el modelo procesal penal vigente, al no permitir la utilización del principio de oportunidad en más de una oportunidad. Tal incongruencia ha sido percibida por el 74% de los fiscales encuestados.

3. La celeridad y eficacia procesal es percibida gracias al reparo inmediato del agravio a la víctima, en este sentido los fiscales han hecho notar que en un 94% ésta se logra gracias al principio de oportunidad.

4. El legislador, al creer conveniente restringir la aplicación del principio de oportunidad a los supuestos dentro del plazo de cinco años, está

cometiendo un uso indiscriminado en la aplicación pues no está prevista que sea en todos los casos hasta en dos oportunidades, efectuando un trato desigual a los autores de hechos delictivos de distinta naturaleza. Esta vulneración al principio de igualdad también se observó en el 74% de los fiscales que piensan que existe.

5. La propuesta de redacción de estos parágrafos, creada por nosotros, ha recibido una aprobación del 66 % de los fiscales consultados.

6.2. RECOMENDACIÓN

1. Como se infiere de la primera conclusión, se debe profundizar los estudios en cuanto a la redacción de los parágrafos b) y c) del numeral 9 del artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano, para lograr mayores beneficios en los agraviados y hacer del principio de oportunidad, la base que consolide el buen funcionamiento del actual modelo procesal penal asumido.

REFERENCIAS

Alchourrón, C. (1996). On law and logic, *Ratio Iuris 4(9)*. 41-56.

Arana, W. (2014).*Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Arbulu, V. J. (2015). *Derecho Procesal Penal*. (t .1). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Avalos, C. C. (2013).*La Decisión Fiscal en el Nuevo Código Procesal Pena*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Avalos, C. C. (2014). *Mecanismos de simplificación Procesal en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Penal S.A.

Benavides, R. R. (2002). *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Programa Cybertesis PERÚ.

Bilbao, J. M. & Rey, F. (2003) El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española. En: M. Carbonell (compilador) *El principio de igualdad constitucional*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Chinchay, A. (2010). La Víctima y su Reparación en el Proceso Penal Peruano. *Instituto de ciencia procesal penal*. Lima.

Claros, A. & Castañeda, G. (2014). *Nuevo código procesal penal comentado*. (Vol. 1). Ediciones Legales E.I.R.L.

Fletcher, G.(2006). *La víctima en el Sistema Penal*. Lima: Editorial Grijley. EIRL.

Franco, N. (2013). *La Eficacia del Sistema Procesal Penal*. Recuperado de http://sistemasprocesalesmodernos.blogspot.pe/2013/06/la-eficacia-del-sistema-procesal-penal.html

Guzmán, G. (2010) *Incumplimiento del principio de celeridad procesal.* Recuperado de http://www.ayudalegalonline.com/Articulos/Incumplimiento_Celeridad.html

Hurtado, J. (2011).*Los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: Editorial Grijley.

León, E. I. (2006). *Aplicación del principio de oportunidad en la provincia de Cajamarca*. (Tesis de maestría, inédita), Universidad Nacional de Cajamarca.

Longa, D. (2013). *Aplicación del principio de oportunidad en el delito de omisión a la asistencia familiar, en el distrito judicial de Cajamarca, durante los meses de abril –agosto de 2010*. (Tesis de titulación, inédita), Universidad Nacional de Cajamarca.

Lujan, M. (2013).*Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Neyra, J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (t. 1). Lima: Idemsa.

Parma, C. & Mangiafico, D. (2009). *Derribando muros*. Mendoza: Universidad del Aconcagua.

Peña, A. (2007). *Nuevo código procesal Penal*. (t. 1). (2ª ed.). Lima: Editorial Rodhas SAC.

Ramos, C. (1997). *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Reyna, L. M. (2015).*Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Pacífico Editores SAC.

Rioja, A. (2008). *Celeridad procesal y actuación de la sentencia impugnada en el proceso civil peruano*. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2008/12/01/celeridad-procesal-y-actuacion-de-la-sentencia-impugnada-en-el-proceso-civil-peruano/

Rocco, A. (2009). *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. (Versión de R. Naranjo). Bogotá: Témis, S.A.

Rosas, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (t. 2). Lima: Jurista Editores.

Salas, C. (2007). *Principio de Oportunidad: "Punta del Iceberg llamado Reforma De La Administración de Justicia*". Recuperada de: http://www.ofdnews.com/comentarios/1336_0_1_0_C/

Salas, C. (2013).*El Proceso Penal Común*. Lima: Gaceta Penal SA

Salas, C. (2014). *El proceso penal Común*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho 14*, 317-358. Recuperado de http://www.rtfd.es/numero14/11-14.pdf

Soto, M. J. (2008). *Un fundamento de inconstitucionalidad de la aplicación del principio de oportunidad por el ministerio público*. (Tesis de titulación, inédita), Universidad Nacional de Cajamarca.

Villegas, E. (2013).*El agraviado y la Reparación Civil en el Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Zaffaroni, E.R. (1993). *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis.

ANEXO A

CUESTIONARIO: FISCAL PENAL

El presente cuestionario tiene por finalidad recoger información de los fiscales penales del Distrito Fiscal de Cajamarca para contrastar metodológicamente la tesis de maestría en Derecho Penal y procesal penal titulada: La inadecuada regulación de las causales de improcedencia de la aplicación del Principio de oportunidad, (a partir de la modificatoria de la ley N°30076)

El presente cuestionario tiene carácter de anónimo.

se agradece su gentileza por brindar su tiempo para contestar las preguntas:

Datos generales:

edad ..... sexo ..... tiempo de experiencia .....

ENCUESTA (MARQUE CON UN ASPA LA RESPUESTA QUE CONSIDERE ASERTADA)

1) EN LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD QUE UD. HA CONVOCADO PODRIA DECIR QUE LA VICTIMA SE ENCUENTRA CONFORME

CONFORME ☐ INSATISFECHO ☐ INDIFERENTE ☐

2) CONSIDERA QUE SE DEBE APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN DOS OPORTUNIDADES CUANDO SE AFECTA BIENES JURIDICOS DE DIFERENTE NATURALEZA?

SI ☐ NO ☐

3) CONSIDERA QUE EXISTE INCONGRUENCIA ENTRE LOS PARAGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL ARTICULO 2° DEL CODIGO PROCESAL PENAL?

SI ☐ NO ☐

4) CONSIDERA USTED QUE LOS PARAGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL CODIGO PROCESAL PENAL VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD?

SI ☐ NO ☐

5) CONSIDERA QUE SE DEBE MODIFICAR LOS PARAGRAFOS B) Y C) DEL NUMERAL 9 DEL ARTICULO 2 DEL CODIGO PROCESAL PENAL, POR UNO SOLO CON EL SIGUIENTE TEXTO:

"SIN TENER LA CONDICION DE REINCIDENTE O HABITUAL SE HUBIERA ACOGIDO AL PRINCIPIO DE PORTUNIDAD EN DOS OCASIONES ANTERIORES, DENTRO DE LOS CINCO AÑOS DE SU APLICACIO

SI ☐ NO ☐

CAJAMARCA 30 DE NOVIEMBRE DE 2015

ANEXO B

La ficha de lectura que se utilizó para el recojo de datos se basa en la indicada por José Antonio del Busto (1973, p. 140), y es el modelo el siguiente:

[1] TEMA (O TÍTULO) GENERAL

[2] Tema (o título) específico

[3] "Cita textual"

[4] Comentario de la cita

[5] Citación de la fuente según APA