



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Los alcances del consentimiento del investigado en el
principio de oportunidad**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Christian Anthony Manuel Arrieta Narváez

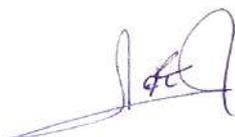
**Asesor(es):
Dr. Percy Raphael García Cavero**

Piura, marzo de 2022



Aprobación

La tesis titulada “Los alcances del consentimiento del investigado en el principio de oportunidad”, presentada por el bachiller Christian Anthony Manuel Arrieta Narváez en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Percy Raphael García Cavero.



Director de Tesis



Dedicatoria

Dedico este esfuerzo a quienes significan para mí un ejemplo de superación: mis padres, Manuel Arrieta y Noelia Narváez. Estaré eternamente en deuda con ustedes por el profundo amor recibido desde niño y por el apoyo incondicional a lo largo de los años para hacer de mí una mejor persona.





Agradecimientos

A mis hermanas Kris y Carol, al igual que a mi cuñado Sergio por el cariño, acompañamiento y motivación brindada en el proceso de desarrollo de la tesis. Al Dr. García Cavero por animarme a desarrollar este tema de investigación y por sus valiosas revisiones y sugerencias. Finalmente, agradecer a todos mis maestros de la etapa escolar y universitaria por estimular en mí la búsqueda de conocimiento, esta investigación es también de todos ellos.





Resumen

La presente investigación pretende responder a la cuestión de si el consentimiento del investigado para la aplicación de un criterio de oportunidad en el sistema penal peruano supone un insoslayable reconocimiento de responsabilidad penal. Con dicho propósito, se hace primero una aproximación a las razones jurídicas y político-criminales que justifican la renuncia a la persecución penal. Luego, se revisa el estatuto de inocencia y el derecho a la no autoincriminación que acompañan al investigado durante toda la tramitación del proceso, aspectos que, analizados a la luz del estándar de convicción requerido para promover la acción penal, nos permitirán conocer a fondo la justificación del consentimiento, con miras a la delimitación de sus alcances y la descripción de las posturas que han sido trazadas con base en si éste requiere o no la aceptación los hechos imputados. Finalmente, se plantea una propuesta de solución que armoniza la eficacia del principio de oportunidad frente a la finalidad preventiva del Derecho penal.

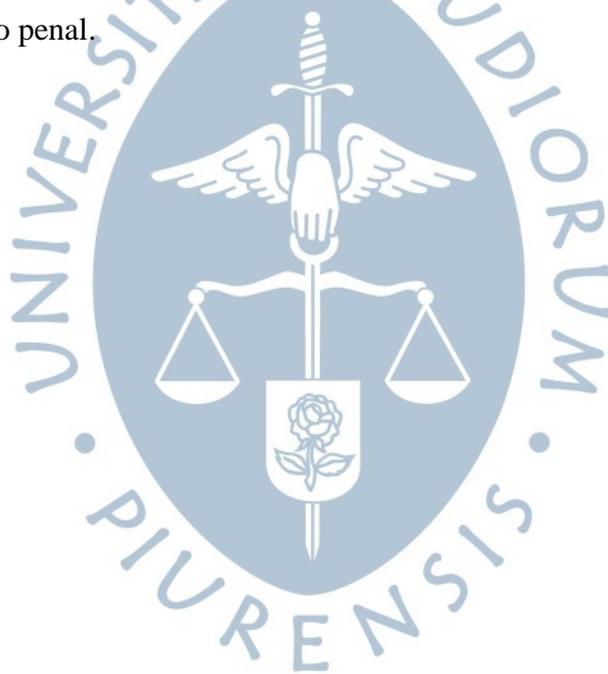




Tabla de contenido

Introducción.....	15
Capítulo 1 El Principio de Oportunidad en la Justicia Penal Peruana.....	17
1.1 La genealogía de la discrecionalidad en la persecución penal.....	17
1.1.1 Aparición en la tradición jurídica europeo-continental.....	22
1.1.2 La positivización del principio oportunidad en el Perú	25
1.2 Delimitación conceptual en el Código Procesal Penal de 2004.....	31
1.2.1 Naturaleza Jurídica.....	31
1.2.2 Definición.....	32
1.3 Caracterización positiva.....	32
1.3.1 Potestad fiscal de renuncia a la acción penal	32
1.3.2 Facultad reglada y excepcional	33
1.3.3 Decisión sellada con eficacia de cosa decidida o de cosa juzgada	34
1.3.4 Solución de equidad al conflicto jurídico-penal	35
1.4 Justificación: la <i>ratio essendi</i> del principio de oportunidad	35
1.4.1 Ventajas político-criminales	36
1.4.2 Objeciones y contra objeciones sobre su admisión.....	37
1.4.3 Test de proporcionalidad.....	43
1.4.4 El problema de la subutilización.....	44
1.5 Criterios de oportunidad: ¿Cuándo decae el interés público en la persecución penal?.....	45
1.5.1 El archivo simple: la grave afectación del agente (poena naturalis).....	46
1.5.2 El archivo bajo condición: el escaso interés público	48
1.5.3 Concurrencia de circunstancias atenuantes.....	49
1.5.4 Acuerdo reparatorio	50
1.5.5 Suspensión de actividades delictivas contra al medio ambiente.....	52
1.5.6 A modo de conclusión.....	54
Capítulo 2 El Consentimiento del Investigado como Presupuesto del Principio de Oportunidad.....	57
2.1 La presunción de inocencia.....	57
2.1.1 Principio informador del proceso penal	59
2.1.2 Regla de tratamiento	59

2.1.3	Regla probatoria.....	60
2.1.4	Regla de juicio	61
2.2	El derecho a la no autoincriminación	62
2.2.1	Vinculación con el derecho a guardar silencio	62
2.2.2	Vinculación con la presunción de inocencia.....	64
2.3	El estándar de convicción exigible en el principio de oportunidad	65
2.3.1	La sospecha reveladora, suficiente y fuerte sobre la responsabilidad penal del aspirante	66
2.3.2	Las implicancias de la falta de certeza en la solución del conflicto jurídico-penal.....	68
2.4	La delimitación del consentimiento del investigado.....	70
2.4.1	Tesis del reconocimiento de culpabilidad.....	72
2.4.2	Tesis de la inexigibilidad de la confesión	75
2.4.3	Toma de posición.....	76
Conclusiones		81
Lista de abreviaturas		83
Lista de referencias		85

Lista de tablas

Tabla 1	Denuncias penales ingresadas en las Fiscalías Provinciales Penales, Especializadas y Mixtas enviadas al Poder Judicial, según estado, 2014-2018.....	44
----------------	--	----





Introducción

Con independencia del modelo procesal que se prefiera, en un sistema penal la política persecutora de hechos punibles puede adoptar 2 formas: bien puede asumirse de manera inflexible contra todo hecho que tenga apariencia delictiva, o bien se configurará a partir de determinados criterios que permitan una actividad selectiva ordenada a su racionalización. Esta segunda alternativa constituye el “principio de oportunidad”.

Desde que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el mecanismo procesal de la oportunidad se ha establecido como uno de los presupuestos básicos para su viabilidad el consentimiento del investigado. Sobre este punto, en la doctrina nacional existen autores que condicionan el ejercicio de este mecanismo a que previamente el aspirante acepte o confiese su participación en el ilícito por el que se le viene investigando. Al remitirnos a las actas que actualmente se expiden y dan fe del consentimiento del presunto autor que desea acogerse a este instituto, podemos comprobar que esta postura es la imperante en la praxis fiscal. No obstante, todo ello, lejos de la cómoda posición de la doctrina procesal dominante, hay quienes defienden una interpretación literal del enunciado normativo, por cuanto la aceptación de cargos no estaría expresamente contemplada por la regulación vigente.

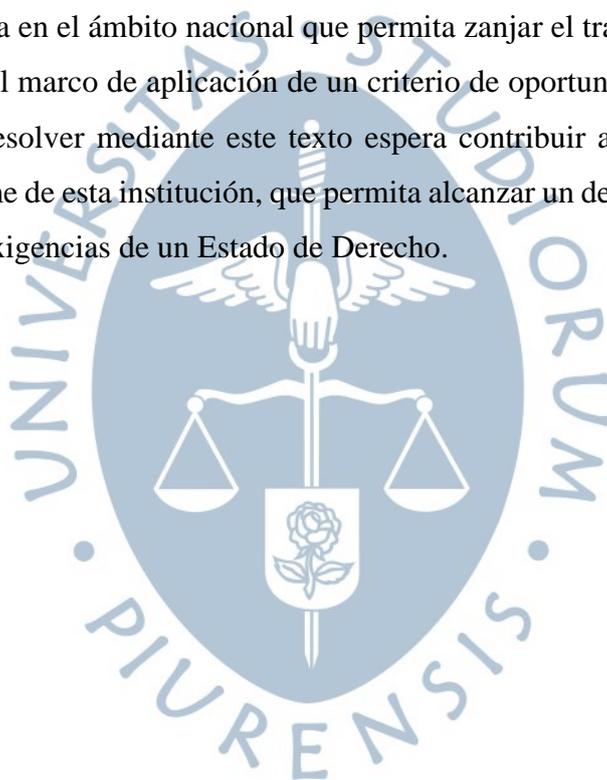
La presente tesis pretende responder a la cuestión de si el consentimiento previo del denunciado supone un insoslayable reconocimiento de responsabilidad penal, o, por el contrario, se trataría de un requisito que, a la luz de las garantías procesales del sistema penal, no sería exigible. El abordaje de este problema ha sido dividido en dos capítulos que a continuación procedo a detallar.

En el primer capítulo, nos detendremos preliminarmente en indagar el origen del principio de oportunidad a efectos de identificar las razones jurídicas y político-criminales que, en nuestro actual contexto social, justifican la renuncia a la persecución penal encargada constitucionalmente al Ministerio Público. Luego, nos abocaremos al análisis de los criterios de oportunidad recogidos por la legislación vigente en nuestro país con el propósito de subrayar las condiciones que determinan su correcta aplicación.

En el segundo capítulo, analizaremos el estatuto de inocencia y el derecho a la no autoincriminación que acompañan al investigado durante toda la tramitación del proceso, aspectos que, analizados a la luz del estándar de convicción requerido para la persecución penal, nos permitirán conocer a fondo la justificación del consentimiento, con miras a la delimitación de sus alcances y la descripción de las posturas que han sido trazadas con base en si éste requiere o no la aceptación los hechos imputados para una debido ejercicio del mecanismo de la oportunidad.

Para la realización de la presente investigación hemos acudido a los escritos de la doctrina nacional sobre el tema, complementándolo con relevantes trabajos de autores de otros países como Alemania, España, Argentina o Chile. En la medida que el principio de oportunidad cuenta con un reconocimiento generalizado en los códigos procesales de las naciones de la tradición jurídica eurocontinental, los trabajos de la doctrina penal de los referidos países ofrecen luces importantes para resolver la problemática aquí planteada. En cuanto al referente legal, nuestra investigación se centra en la regulación procesal peruana, respecto de la cual se propone una interpretación satisfactoria sobre el requisito del consentimiento del imputado.

La importancia de esta investigación estriba en que no ha habido hasta la actualidad una preocupación sostenida en el ámbito nacional que permita zanjar el tratamiento que debe tener el consentimiento en el marco de aplicación de un criterio de oportunidad. Por este motivo, el problema jurídico a resolver mediante este texto espera contribuir a la consolidación de un entendimiento uniforme de esta institución, que permita alcanzar un deseado nivel de seguridad jurídica acorde a las exigencias de un Estado de Derecho.



Capítulo 1

El Principio de Oportunidad en la Justicia Penal Peruana

1.1 La genealogía de la discrecionalidad en la persecución penal

Atendiendo a la finalidad preventivo-positiva del Derecho penal, la función primordial que juega esta rama del orden jurídico, por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos (a donde, por regla general, siempre llega tarde), es garantizar los valores elementales que posibilitan la vida en común dentro de una sociedad¹.

En la consecución siempre aproximativa de este objetivo y otros que puedan reconocérsele al *ius puniendi* del Estado, el proceso penal se erige en el medio que permite la aplicación del derecho sustantivo porque a través de él se constata la realización de un hecho delictivo. En ese sentido, al ser el proceso condición de la pena (*nullum poena sine proceso*), solo a través de éste le es lícito al Estado castigar².

Como toda institución humana de larga data, la configuración del proceso penal ha sufrido innumerables cambios en razón de las distintas idiosincrasias legislativas imperantes en la historia de las tradiciones jurídicas. Dentro de este devenir, por tomar un ejemplo, en la Antigua Grecia, según refiere AMBOS, la incoación del proceso penal se condicionaba a la previa acusación popular que podía ejercer cualquier persona que tuviera la condición de ciudadano. En estos casos, el citado comparativista explica que el querellante debía asumir la carga de la investigación con sus propios medios, ya que al tratarse de auténticos derechos subjetivos penales primaba en ellos la autonomía de la voluntad. Además, la resolución jurídica de la querrela se encomendaba a un tribunal conformado por ciudadanos no profesionales, quienes debían sentenciar respetando el principio dispositivo de las partes³.

A diferencia de aquel procedimiento acusatorio puro que no permitía una clara distinción con el proceso del Derecho civil⁴, el proceso penal contemporáneo, determinado por la mayoritaria existencia de delitos de carácter *público*, responde al *principio de oficialidad*, en virtud del cual la titularidad del *ius puniendi* se ha desplazado de los

¹ WELZEL, H., preconiza que con la labor de promover el respeto por los valores fundamentales de una sociedad se garantiza con mayor amplitud de miras el amparo de los bienes jurídicos a futuro. Cfr. *Derecho Penal Parte General*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956, pp.3-6.

² ARMENTA, T., "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos". *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. 48, N° 2, 1995, pp.445-446.

³ Cfr.: AMBOS, K., *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal penal*. Edit. Palestra, 2010, pp.155-182.

⁴ ARMENTA, T., *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*; Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p.22.

particulares hacia el Estado, quien a través de sus representantes autorizados reúne la función de perseguir, juzgar y ejecutar la pretensión punitiva⁵. Este proceso histórico de estatización del proceso penal obedeció básicamente al interés social por ver castigado el delito y por el deseo de eliminar el surgimiento de reacciones de autotutela⁶.

Es de tener en cuenta que estos cambios que vemos hoy reflejados en la forma de conducirse el proceso penal no se produjeron de manera sincrónica ni homogénea en las tradiciones jurídicas occidentales, pues, por ejemplo, en el *common law*, la oficialidad apareció cuatro siglos después que en la tradición eurocontinental (siglo XVII y siglo XIII, respectivamente). Dicha situación seguramente explica el por qué finalmente en el sistema anglosajón se conservaron muchas de las reglas del sistema acusatorio puro que lo antecedió⁷. Por lo demás, no quepa duda que la irrupción de la persecución penal pública supuso un avance importante en la lucha contra la criminalidad, sobre todo para aquella que por sus especiales consecuencias perjudiciales no era conveniente dejarla en manos de los particulares⁸.

Ahora bien, como apunta SILVA SÁNCHEZ, al día de hoy, el mantenimiento de este sistema se ha visto en crisis a causa de la confluencia de diversos factores, algunos de índole social como el crecimiento de la criminalidad y la consecuente mayor demanda social de protección; sumado a otros íntimamente relacionados, producto del trabajo legislativo, como la creación de nuevos bienes jurídicos-penales⁹. Por si fuera poco, como bien señala BINDER, dicha situación se ve agravada por el uso simbólico que se viene haciendo del Derecho penal, en perjuicio de soluciones reales¹⁰. Todo ello ha conllevado una sobrecarga del sistema penal que, ante la limitación de los recursos para enfrentarla, no quede otra alternativa que racionalizar la justicia penal¹¹.

⁵ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, T. I. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 1era ed., Lima, 2016, p.91.

⁶ Cfr. BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano”. *Revista Ius et Veritas* N° 12, 1996, p.159.

⁷ BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”. En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. MAIER*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005, p.219.

⁸ AMBOS, K., *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal...*, Ob. Cit., pp.155-182.

⁹ SILVA, J., engloba a estas manifestaciones legislativas como aspectos de la actual tendencia expansiva del Derecho Penal. Cfr.: *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas, 2da. ed., Madrid, 2001, p.20.

¹⁰ En ese sentido, BINDER, A., destaca que dicho problema va más allá de un mero problema de técnica legislativa. Cfr. “Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina”, Ponencia presentada en el *II Encuentro Interamericano: Red del Programa de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal*, Colombia, 2008, p.6.

¹¹ Cfr. DAMASKA, M., “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”. En: *Reforma a la Justicia penal en las Américas*, *The Due Process of Law Foundation*, Washington, 1999, p.37.

Bajo este panorama, el principio de oportunidad entendido, de manera preliminar, como la facultad genérica que permite a los órganos persecutores, la abstención de la acción penal o, limitar su extensión objetiva y subjetiva, por razones político-criminales¹², se ha erigido en una valiosa herramienta procesal dentro de los sistemas penales que participan del principio de oficialidad¹³, porque coadyuva al descongestionamiento de la carga procesal ante el inminente colapso que supondría la tramitación plena de todas las *notitias criminis* puestas en conocimiento de los órganos encargados de promover su investigación¹⁴.

Su utilidad, por tanto, ha conllevado que este principio se extienda en las legislaciones occidentales y su aceptación goce de relativo consenso¹⁵. A partir de ello, el *status quaestionis* sobre el principio de oportunidad se ha desplazado en identificar el nivel de discrecionalidad que resulta socialmente aceptable y determinar, asimismo, cuáles serían los mejores mecanismos para su control¹⁶. Encaminados en esta búsqueda, la doctrina reconoce que en el derecho comparado coexisten y se interrelacionan dos opciones político-criminales derivadas de dos potencias políticas, cuya regulación de la oportunidad ha venido sirviendo de arquetipo para las naciones ubicadas dentro de su ámbito de influencia.

Por un lado, tenemos el modelo encabezado por los EE.UU., donde la oportunidad constituye la regla general de la persecución penal, al tener a su alcance el *prosecutor* amplias facultades para disponer de la acción penal o parte de su contenido, según lo estime pertinente (*discretion*). DUCE explica que el poder que tiene dicha autoridad se ve reflejada en la libertad para decidir: (i) el inicio de una investigación; (ii) la persecución formal de un caso; y, en aquellas disposiciones de la acción penal que se realizan mediante acuerdos de culpabilidad en (iii) la entrega de inmunidad; y, (iv) la negociación con el investigado de los cargos a ser imputados¹⁷. Cabe precisar que estas últimas posibilidades de negociación se reconducen a lo que se denomina en la doctrina americana como “*plea bargaining*”¹⁸.

¹² CAFFERATA, J., et al., *Manual de Derecho Procesal: cátedras "A", "B" y "C"*. 2da ed., Córdoba, 2004, p.84.

¹³ DUCE, M., sostiene que no tendría sentido hablar de selectividad o discrecionalidad en los modelos de persecución penal privada, ya que éstos dependen del accionar de la víctima. Cfr. “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”, *Revista chilena de Derecho* Vol. 29, N° 2, 2002, p.247.

¹⁴ BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano”, *Revista Ius et Veritas* N° 12, 1996, p.161.

¹⁵ Debido a que existen voces críticas frente a la extensión de su uso y otros riesgos que resultarían inherentes a esta institución. Cfr., ARMENTA, T., “El principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria”. En: *Principios y garantías procesales "Liber Amicorum" en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*. Edit. Bosch. 2013, pp.441-456.

¹⁶ DUCE, M., “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”..., Ob. Cit., p.252.

¹⁷ *Ibidem*, p.253.

¹⁸ SCHÜNEMANN, B., precisa que esta práctica de negociación fue desarrollada en el país norteamericano hace un siglo, y surgió inicialmente sin venia legislativa, pero actualmente su compatibilidad constitucional ha sido confirmada por la *Supreme Court*. Cfr.: “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Revista de Derecho Penal* N° 11, Montevideo, 2000, pp.111-112.

A la vista de este amplio ámbito competencial, el referido autor chileno concluye que los únicos límites *jurídicos* que tienen los fiscales norteamericanos para el ejercicio de sus facultades discrecionales durante la persecución penal está constituido por límites negativos, es decir, aquellos dirigidos a frenar una persecución sin “causa probable” o aquellas situaciones extremas en las que la misma se ve motivada por prejuicios discriminatorios (*selective prosecution*) o por razones de venganza (*vindictive prosecution*)¹⁹.

De este modo, podemos concluir junto a BOVINO que el ordenamiento jurídico estadounidense permite que la política persecutora fijada inicialmente en la ley criminal sea perfilada por la decisión que tome el *prosecutor* para cada caso en concreto. BOVINO aclara que dicha posibilidad parte del hecho que la agencia persecutora en Estados Unidos pertenece al Poder Ejecutivo y como tal que su labor se considere parte de su función autónoma de aplicación general de las leyes²⁰.

Tomando en consideración lo anterior, DUCE concluye que el control de la amplia discrecionalidad de la que gozan los fiscales norteamericanos durante la persecución penal se conseguiría indirectamente mediante la vigilancia de la propia autoridad que ejerce dicha potestad, concretamente a través de “su forma de elección y el control político”²¹.

Ahora bien, en contraste con la opción político-criminal descrita, que se decanta por una discrecionalidad casi “absoluta”, las legislaciones de la tradición europeo-continental de tendencia legalista encabezados por Alemania parten de la premisa que una persecución penal obligatoria es la única forma de salvaguardar la igualdad de trato frente a la ley penal²². Sumado a lo anterior, se estima que la referida misión de aseguramiento de las normas fundamentales de una sociedad por parte del Derecho penal presupone un cumplimiento a rajatabla de lo que dispone la ley sustantiva²³.

Estos y otros postulados (como la averiguación de la verdad material y una interpretación distinta de la división de poderes) han conllevado que las Constituciones y Códigos Procesales Penales de estos ordenamientos consagren formalmente el ejercicio de la acción penal como un deber que recae sobre los órganos persecutores *ex officio* (*principio de legalidad procesal*); y como correlato de ello, que una vez admitida la introducción de criterios que justifican su renuncia, estos hayan sido predeterminados taxativamente en la ley procesal

¹⁹ DUCE, M., “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”..., pp.253-255.

²⁰ BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano”..., Ob. Cit., p.162.

²¹ DUCE, M., “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”..., Ob. Cit., p.255.

²² ARMENTA, T., “El principio de legalidad vs principio de oportunidad”..., Ob. Cit., p.441-456.

²³ HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Revista Jueces para la democracia* N°4, 1988, p.8.

como excepciones al mandato general de persecución obligatoria. Así, con un sistema de oportunidad *reglado* se persigue previsibilidad y homogeneidad en la labor de los órganos persecutores, tratando de impedir la arbitrariedad y buscando mantener la seguridad jurídica durante la persecución penal.

Habida cuenta de todo ello, realizando un balance entre ambos modelos, podemos colegir junto a ARMENTA DEU las grandes diferencias que trae consigo para el control de la discrecionalidad fiscal, el acento que se pone a la legitimidad democrática que respalda el accionar de dicha autoridad en la tradición anglosajona, a diferencia de la importancia preponderante que tiene la legalidad y la seguridad jurídica en la tradición eurocontinental²⁴.

A juicio de ANITUA, la importancia de la legalidad en la tradición europeo-continental se percibe incluso, en el hecho que, si bien en las últimas reformas procesales acusatorias un significativo número de países latinoamericanos han imitado del *plea bargaining* estadounidense, la posibilidad de celebrar acuerdos de culpabilidad con reducción de pena; no sea posible extender la negociación a aspectos de la acusación como la tipificación aplicable o el hecho base²⁵.

Por su parte, en el ámbito nacional, nuestra realidad jurídico-social no ha permanecido exenta a los fenómenos que afectan la eficacia de los sistemas penales modernos, de suerte que frente a esta disyuntiva de modelos que apuestan por mecanismos formales de discrecionalidad dentro del propio proceso penal, el legislador peruano, históricamente adscrito a la tradición europeo-continental, se decantó consecuentemente por un sistema de oportunidad reglado.

Ahora bien, llegados a este punto, resulta menester precisar que, si bien a la luz del derecho comparado el *nomen iuris* de *principio de oportunidad* engloba una variopinta tipología de respuestas diferenciadas al sistema de sanciones jurídico-penales previstas en la ley penal, nuestro legislador ha optado por bautizar bajo esta denominación, algunas figuras como: (i) la grave afectación del agente (*poena naturalis*); (ii) el escaso interés público; (iii) la concurrencia de atenuantes; (iv) los acuerdos reparatorios; y, (v) la suspensión de actividades delictivas contra el medio ambiente.

Sentado lo anterior, es del caso puntualizar que, tal como fue incorporado en 1991 y se conserva en la literalidad del vigente art. segundo del CPP de 2004, un requisito indispensable del principio de oportunidad lo constituye el *consentimiento expreso* del imputado. La presencia

²⁴ ARMENTA, T., “Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 1, Nº 1, Porto Alegre, 2015, p.123.

²⁵ ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 1, Nº 1, Porto Alegre, 2015, p.46.

de este elemento volitivo nos lleva a preguntarnos, en primer orden, por la justificación jurídica de esta exigencia y, en segundo término, si esta expresión de voluntad implicaría para el investigado un insoslayable reconocimiento de culpabilidad sobre el delito que se le atribuye.

Como labor preliminar, estimamos necesario analizar brevemente el desarrollo histórico que tuvo la oportunidad en la tradición eurocontinental. En la medida que toda institución jurídica, para ser entendida a cabalidad, debe ser abordada no solo como un entramado teórico, sino como expresión de determinados acontecimientos sociales²⁶, confiamos que identificando las razones jurídicas y político criminales que justifican su existencia en el proceso penal moderno, alcanzaremos un adecuado entendimiento de esta institución que permitirá aproximarnos con mejores posibilidades de éxito a responder el problema que motiva la presente investigación.

1.1.1 Aparición en la tradición jurídica europeo-continental

El principio de oportunidad *reglado* que rige nuestro país hunde sus raíces en la tradición jurídica europeo-continental. Particularmente la historia de su creación, como se podrá apreciar en las siguientes líneas, se haya en conexión con la aparición del Ministerio Público, el papel que cumple en el proceso penal y la sobrecarga del servicio de justicia²⁷.

El punto de partida de estos cambios se remonta a la etapa de transición de los procesos inquisitivos hacia los modernos procesos penales de corte acusatorio que tuvo lugar en las legislaciones europeas durante el siglo XIX. BULNES nos cuenta que esto se produjo en buena parte a consecuencia de la promulgación del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, que adoptó de manera inédita un procedimiento de carácter “mixto” que pasaría a la posteridad por amalgamar una fase de investigación de corte “inquisitivo” y una etapa de juzgamiento de tinte “acusatorio”. La mencionada autora enfatiza que al presentar este código una versión mejorada del proceso inquisitivo, su tipificación supuso, un importante avance en el desarrollo legislativo en la tradición continental²⁸.

CARVAJAL narra que por aquel entonces, los redactores del código napoleónico se enfrentaron a la disyuntiva de mantener el proceso acusatorio de origen inglés introducido durante la etapa revolucionaria, o retomar las reglas del procedimiento inquisitivo del Antiguo Régimen²⁹. En lugar de ello, como detalla LANGER, conciliaron ambos modelos, dando lugar

²⁶ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. (Tesis doctoral). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015, p.23.

²⁷ ARMENTA, T., citada por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.67.

²⁸ BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”. En: *El proceso penal acusatorio*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp.50-54.

²⁹ CARVAJAL, Z., “Reformas procesales penales en Francia”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. N° 15, Universidad San Sebastián (Chile), 2010, p.24.

a un *tertium genus* que, siguiendo a la tradición inquisitiva dispuso una fase instructora donde el secretismo y la escrituralidad restringían los derechos del investigado, pero atendiendo al proceso inglés estableció una etapa de juzgamiento en la que el acusado podía defenderse en audiencia pública ante un jurado”³⁰.

Por otro lado, ARMENTA DEU precisa que el código de 1808 incorporó un sistema acusatorio formal en el cual el Ministerio Público, órgano perteneciente al Poder Ejecutivo, si bien se encontraba encargado de ejercer la acusación, no tenía la responsabilidad de investigar los hechos ni de incoar el proceso, ya que estas funciones se mantenían en la autoridad judicial³¹. La razón de su creación, detalla BULNES, radicó en que era de especial interés para el legislador napoleónico procurar un proceso más justo³².

En relación a la política persecutora, LAMADRID señala que en la doctrina francesa de aquel entonces se presentó un intenso debate pues si bien el legislador revolucionario fijó la obligatoriedad en la persecución penal, en cambio, el legislador napoleónico no se manifestó al respecto³³. Finalmente, el referido autor aclara que la tesis que apoyaba la discrecionalidad en hechos de poca relevancia para el orden público alcanzaría reconocimiento en 1826³⁴.

Estas ideas del modelo ecléctico instaurado en Francia tendrían especial resonancia en las discusiones jurídicas del territorio que hoy conocemos como Alemania. LAMADRID explica que ello tuvo lugar debido a razones políticas como la vigencia del citado código en aquellas regiones alemanas que estuvieron bajo ocupación francesa hasta el Congreso de Viena (1815), pero también gracias a razones ideológicas producto de la influencia del movimiento liberal de la época y percatarse que reunir la investigación y el juzgamiento en una sola persona desbalanceaba el proceso en perjuicio del acusado³⁵. Para AMBOS, si bien el proceso inquisitivo imperante hasta el momento tenía la ventaja de tener una persecución penal igualitaria que buscaba la verdad material; el lastre de aspectos como la permisividad del secretismo y el uso de la tortura en una investigación bajo el poder sin límites del juez, terminaron convirtiéndolo en una herramienta de persecución política al servicio de un Estado policial, por lo que se llegó a la conclusión que era imperativo reformar el proceso heredado”³⁶.

³⁰ LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano, Difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007, p.13.

³¹ ARMENTA, T., “El fiscal instructor, ¿es necesario?”, *Cuadernos de derecho público* N° 16, 2002, p.205.

³² ANTON, A., citado por BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del common law y civil law...”, Ob. Cit., pp.53-54.

³³ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., nota 127, p.78.

³⁴ ARMENTA, T., citado por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., nota 680, p.265.

³⁵ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.61-62.

³⁶ AMBOS, K., *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal...*, Ob. Cit., pp.155–182.

LAMADRID explica que gran parte de los principales cambios vinieron de la mano de la creación de un Ministerio Público. Con inmediata repercusión en la configuración del proceso, se encomendó el monopolio de la acción penal en dicha autoridad y, a diferencia del modelo francés, se erigió esta figura en el líder de la etapa instructiva que mantuvo el principio inquisitivo de consecución de la verdad material; además, se le encargó controlar la legalidad de las diligencias policiales. Características que en definitiva, unidas al deber de imparcialidad que se impuso al fiscal, erigieron a esta figura como protector de la legalidad, lo que comportó de avanzada, un paso adelante en la consideración de los derechos del investigado³⁷.

Es de tener en cuenta que en la investigación no se suprimió completamente el papel del juez, pues de solicitarse determinadas medidas restrictivas de los derechos del imputado, por mandato de la ley se exigía del juzgador un pronunciamiento acerca de su admisibilidad³⁸.

Ahora bien, sobre la política criminal de persecución en Alemania, LAMADRID da cuenta que, si bien en un primer momento algunos Estados alemanes como Prusia, siguiendo el modelo francés, permitían la renuncia de la acusación por consideraciones que estimara el Gobierno (el Ministerio Público se encontraba adscrito al Ministerio de Justicia), en el año 1877 el *Reichstag* (parlamento germano) incorporó la obligatoriedad de la persecución penal en el §152 II RStPO. La consagración formal de este deber se introdujo con el objeto de asegurar seguridad jurídica mediante el sometimiento de la autoridad fiscal a un nivel uniforme de control, garantizando así un procesamiento penal igualitario. Además, se consideró que de esta forma, se aseguraba alcanzar la verdad de los hechos, ideal inquisitivo del proceso penal reformado³⁹.

Es de precisar que desde el punto de vista político dicha decisión también se asentó en el temor que la división de poderes pudiera verse afectada por la discrecionalidad en la persecución. HASSEMER explica que esta idea se asienta en la consideración que el Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio Público, debe respetar que sea el Poder Judicial, quien defina la punibilidad de un determinado hecho⁴⁰.

Entre las consecuencias de esta previsión normativa, AMBOS resalta que la persecución obligatoria conllevó la prescindencia temporal de los denominados *testigos de la corona*, sujetos que, desde su doble posición procesal como autores confesos e informantes, ayudaban a descubrir o prevenir delitos a cambio de una reducción o exclusión de pena⁴¹.

³⁷ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.73-74.

³⁸ ARMENTA, T., “El fiscal instructor, ¿es necesario?”..., Ob. Cit., p.207.

³⁹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.74-88.

⁴⁰ HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”..., Ob. Cit., p.8.

⁴¹ AMBOS, K., “El régimen del «testigo de la corona» en Alemania”, *Revista General de Derecho Procesal*. Nº 51, 2020, p.3.

LAMADRID narra que no sería sino hasta el curso de las Reformas Emmingeristas del año 1924, que se introduciría el §153 RStPO, habilitando así que los fiscales se abstengan de acusar delitos menores (*Vergehen*⁴²) por motivos de ausencia de interés público, consecuencias insignificantes del hecho y mínima culpabilidad. Precisa dicho autor que, a través de esta medida se buscaba escatimar gastos en un contexto de crisis económica, a la que se sumaban las cargas de reparación aplicadas al Estado Alemán a consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Esta solución serviría, además, para reducir la sobrecarga de los tribunales penales ante la proliferación de delitos menores contra el patrimonio, surgidos de la inflación económica. Con el tiempo esta disposición sufriría varias modificaciones y se crearían en torno a ella, otros tantos supuestos⁴³.

Observando en retrospectiva las condiciones jurídicas que sirvieron de soporte para la creación del principio de oportunidad en el contexto europeo-continental, podemos concluir junto a ARMENTA DEU que encomendar la acción penal al Ministerio Público en régimen de exclusividad fue muy importante, pues de haberse adoptado la coexistencia de una acción popular no habría el marco de seguridad jurídica necesario para conseguir efectivamente los resultados de racionalización que se persiguen con la abstención de la acción penal⁴⁴. Ahora bien, como precisa dicha autora, lo anteriormente acotado no resulta suficiente para concluir que el principio de oportunidad sea una consecuencia lógico-jurídica necesaria del principio acusatorio, pues se trata de una opción político-criminal indiferente al modelo procesal adoptado⁴⁵.

1.1.2 La positivización del principio oportunidad en el Perú

Durante el siglo XIX, mientras en la Europa continental los procesos penales inquisitivos iban mudando hacia procesos de corte acusatorio, LANGER describe que las jóvenes republicas latinoamericanas se cuestionaron la viabilidad de importar estas novedosas reformas procesales a sus nuevas realidades políticas. Finalmente, dado que se pensaba que el común denominador de las personas no estaban preparados para ellos, el legislador reaccionario de la

⁴² Según el Código Penal Alemán, *Vergehen* son los delitos castigados con una pena menor a un año o con multa. COBOS, M., “El Código Penal alemán (Das deutsches Strafgesetzbuch), Eunomía”. *Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 14, 2018, nota 29, p.341.

⁴³ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.99-102.

⁴⁴ Lo que explica los obstáculos para que algunas manifestaciones de la discrecionalidad en la persecución no puedan ser incorporadas en la legislación española. ARMENTA, T., “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”...., Ob. Cit., pp.461-462. Por otro lado, es de tener en cuenta que, si bien en Alemania no se incorporó una acción popular, si existe un procedimiento para forzar la acción a instancia del ofendido (§172 StPO), en los casos, claro está, que no se haya declinado la acción penal por motivos de oportunidad. Sobre el particular. Cfr. ROXIN, C., “Introducción a la ley procesal penal alemana”. *Nuevo Foro Penal* N° 14, 1982, p.622.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, W., citado por ARMENTA, T., “El fiscal instructor, ¿es necesario?”...., Ob. Cit., p.220.

época prefirió que se conservara, con algunas modificaciones, el modelo inquisitivo preexistente⁴⁶.

En el caso peruano, con base en la legislación española de la época colonial se expidió el Código de Enjuiciamiento Penal de 1863. Entre los principales rasgos de este proceso, afirma SAN MARTÍN, se encontraba el papel secundario que tenía el representante del Ministerio Público, quien, si bien era acusador en los delitos públicos, fungía de mero colaborador durante la investigación judicial; asimismo, este código se caracterizaba por ser predominantemente escrito, lo que hacía que el desarrollo del proceso sea “esencialmente burocrático”⁴⁷. En cuanto a la política persecutora, LANGER precisa que no existía discrecionalidad fiscal, lo cual significaba que, ante la falta de disposición en contrario, cada vez que se tomaba noticia de la comisión de un delito se debía comenzar su procesamiento sin poder considerar razones de oportunidad⁴⁸.

Posteriormente, con la promulgación del Código de 1920 se incorporaría de manera *explícita* la obligatoriedad de la promoción de la acción penal como un deber a cargo del fiscal y se instauró por fin un juicio oral y público. Esta última característica, según afirma SAN MARTÍN, traería malestares en los operadores de justicia de aquel entonces, quienes lejos de tomar en cuenta factores como la organización del sistema de justicia, su deficitaria institucionalidad, o la propia consagración de la obligatoriedad en la persecución, achacaron al nuevo modelo de juzgamiento el atraso en las estadísticas judiciales, lo que conllevó a que finalmente el gobierno de aquel entonces iniciara una contrarreforma que desembocaría al poco tiempo en el Código de 1940⁴⁹.

De manera general podemos decir que el citado cuerpo legal introdujo reformas al sistema mixto y mantuvo, sin excepciones, la legalidad procesal. A juicio de ORÉ, esta opción político-criminal devendría con el tiempo en el “principal factor que hizo colapsar la administración de justicia penal a tal punto que fue necesario realizar sucesivas reformas”. Así, el mencionado autor comenta que se crearon nuevos Juzgados de Instrucción y se incorporó un procedimiento abreviado que suprimió el juicio oral; sin embargo, a final de cuentas dicho procedimiento resultaría ineficaz, ya que, a la pesada carga laboral que tenía al Juez Instructor, se le añadió la obligación de sentenciar, lo cual tomaba mayor tiempo. Por si fuera poco, con el

⁴⁶ LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano, Difusión de ideas legales desde la periferia*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007, p.14.

⁴⁷ SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas”, *Anuario de Derecho Penal: “La reforma del proceso penal peruano”*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2004, pp.27-28.

⁴⁸ LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano...*, Ob. Cit., pp.15-16.

⁴⁹ SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., pp.31-33.

surgimiento del Ministerio Público como organismo autónomo y jerárquicamente organizado en la Const. 1979, la concomitancia de facultades investigadoras en manos del Fiscal y el Juez instructor, generó dilaciones indebidas dentro del proceso, producto de la repetición innecesaria de actuaciones procesales que en el fondo no añadían nada nuevo a lo ya indagado”⁵⁰.

Estando así las cosas, tal como concluye CUBAS y SAN MARTÍN, las perseguidas metas de celeridad y eficiencia no solo no se alcanzaron, sino que, dado que con el tiempo casi la totalidad de los delitos se llegaron a tramitar con el procedimiento sumario, en la práctica se redujo el proceso penal a la etapa sumarial. Esto trajo perniciosas consecuencias como el retorno a la excesiva burocratización de la justicia, que se reúnan las funciones de investigación y juzgamiento, y que se sacrificaron otras valiosas garantías procesales como el derecho a no ser sancionado sin juicio previo⁵¹.

El cambio de dirección del legislador hacia la discrecionalidad fiscal no llegaría sino hasta fines del siglo XX, en el contexto de un movimiento de reformista de los procesos penales latinoamericanos que, conforme detalla LANGER, perseguía la solución de un plexo de problemas que redundaban en el bajo estándar de debido proceso existente en las legislaciones de estos países. Según refiere el mencionado autor, el proceso político de transición a la democracia que vivía la mayoría de países latinoamericanos luego de prolongadas dictaduras, abrió ventanas para una reformulación de la política criminal⁵². ANITUA precisa que, en razón a que el modelo inquisitivo dejó resabios autoritarios de la época dictatorial, la nueva política criminal de talante democrático decidió tender hacia un modelo acusatorio⁵³.

LANGER detalla que con la finalidad de servir de herramienta de dirección en la orientación acusatoria, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal publicó en 1988 el “Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica” sirviéndose principalmente de las disposiciones del Código de Córdoba de 1939 y la StPO. Precisa el citado autor que gracias al activismo de una red académica de abogados latinoamericanos que, junto a agencias de cooperación internacionales promovieron la adopción de códigos acusatorios, en el plazo de 15 años (1991-2006) se logró que 14 países latinoamericanos introdujeran nuevos códigos procesales penales⁵⁴.

En el caso peruano, siguiendo la orientación del Código Modelo, y en respuesta a las unánimes críticas vertidas en contra del sistema de justicia penal, mediante D. Leg. N° 638, se

⁵⁰ ORÉ, A., “Código procesal penal de 1991”, *Revista Derecho & Sociedad*, (8-9), Lima, 1994, pp.120-121.

⁵¹ CUBAS, V., citado por SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, *Ob. Cit.*, pp.36-37.

⁵² LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano...*, *Ob. Cit.*, pp.17-18.

⁵³ ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales...”, *Ob. Cit.*, p.44.

⁵⁴ LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano...*, *Ob. Cit.*, pp.27 y ss.

expidió el Código Procesal Penal de 1991⁵⁵. En opinión de ORÉ, lo certero de este Código, cuya mayor parte de articulado tenía previsto entrar en vigencia para mayo de 1992, radicó en fijar claramente las competencias que corresponderían a la Fiscal y al Juez. Mientras que al primero, para aliviar la carga judicial, le fue reservada la conducción de la investigación y la titularidad de la acusación; el segundo conservaba la dirección de la etapa procesal del juzgamiento y el control jurisdiccional de la función fiscal. Con estas medidas se buscaba eliminar la investigación policial autónoma; que los fiscales asumieran no solo una función persecutora sino también de custodio de la ley en favor del investigado; y, que el juez se avoque a lo que le es inherente, esto es, declarar el derecho; todo ello a fin de garantizar mejor la observancia del estatuto de inocencia del imputado y la excepcionalidad de su detención, que solían verse afectados bajo un modelo procesal que otorgaba al Juez facultades inquisitivas⁵⁶.

Lastimosamente, estos cambios no se materializarían en el plazo inicialmente previsto. Según explica SAN MARTÍN, a medida que el propio gobierno que promulgó el CPP de 1991 se fue alejando de la democracia, el sistema autoritario que se instauró en el país, necesitado de una regulación permisiva para las fuerzas del orden, y de una influencia dentro de la judicatura y el Ministerio Público, resultó incompatible con el “*espíritu*” del nuevo Código, por lo que no faltaron excusas para obstaculizar su plena vigencia. Finalmente, la aplicación de estos postulados tuvo que esperar hasta la restauración democrática y la vigencia progresiva del actual Código Procesal Penal de 2004⁵⁷.

Además del talante garantista, otro de las preocupaciones del movimiento de reformas fue la búsqueda de mayor eficiencia en el servicio de justicia. LANGER precisa que durante los 80s y 90s las tasas de incidencia delictiva en Latinoamérica se mostraban por encima de otras regiones del mundo, lo que fue motivo de preocupación social y puso el problema sobre la palestra en la agenda gubernamental⁵⁸. ANITUA diagnostica que esta circunstancia, acentuada a causa de la existencia de “objetivos estatales desmedidos” derivados de la criminalización primaria, determinó finalmente la necesidad de dinamizar el proceso penal mixto imperante en la región⁵⁹.

En esa línea, BINDER afirma que una reforma de la mayor importancia lo constituyó el quiebre de la legalidad procesal y la apertura hacia reglas más flexibles⁶⁰. Descartándose a la

⁵⁵ SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., pp.47-48.

⁵⁶ ORÉ, A., “Código procesal penal de 1991...”, Ob. Cit., pp.118-120.

⁵⁷ SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., pp.47-48.

⁵⁸ LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano...*, Ob. Cit., pp.17-18.

⁵⁹ ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales...”, Ob. Cit., pp.44-45.

⁶⁰ BINDER, A., “Sentido del principio de oportunidad...”, Ob. Cit., p.1.

discrecionalidad casi “absoluta” estadounidense entre los modelos existentes, la gran mayoría de códigos procesales penales de la región, siguiendo la formulación del sistema de oportunidad reglado alemán propuesto por el Código Modelo (art. 230°), incorporaron, con sus propias adaptaciones, las causales establecidas en la StPO (§§153 y 153a)⁶¹.

En el ámbito nacional, a diferencia del gran grueso de disposiciones del CPP 1991 que fueron sometidas a una *vacatio legis* indefinida, la discrecionalidad fiscal contenida en el art. 2° corrió distinta suerte. Gracias a que se consideró conveniente para garantizar un efectivo control social disponer su vigencia inmediata, dicho artículo tuvo aplicación en nuestro sistema procesal desde 1991⁶², con lo cual, se instauró por primera vez en nuestra legislación, un sistema de oportunidad reglado.

Como refiere SAN MARTÍN la versión primigenia de este instituto (con la modificación de la Ley N° 27072, del 23 marzo de 1999), incluía exclusivamente aquellos supuestos basados en la innecesidad de pena y en la ausencia de merecimiento de pena⁶³. Dicho autor precisa que si bien el Proyecto que dio lugar al CPP de 1991, exigía previa aprobación judicial al igual que la StPO, sobre la base de la independencia del Ministerio Público el art. 2° que finalmente fue aprobado fijó dicha intervención únicamente cuando la acción penal hubiera sido promovida⁶⁴.

Años más tarde, con la Ley N° 28117 de 2003, “Ley de Celeridad y Eficacia Procesal Penal”, a los supuestos antes mencionados se añadió un nuevo criterio de oportunidad consistente en que el fiscal, antes de formalizar la denuncia penal, cite a las partes a fin de celebrar un acuerdo reparatorio en investigaciones por delitos de hurto simple, lesiones leves o apropiación ilícita; exigiéndose la ausencia de concurso con otro delito o pluralidad de víctimas. Esta norma buscaba dinamizar la utilización del principio de oportunidad que, en el caso del hurto simple y la apropiación ilícita, se fundamentó en el hecho de tratarse de supuestos delictivos que afectan bienes jurídicos disponibles⁶⁵.

En el año 2006, con la entrada en vigencia progresiva del CPP 2004, el art. 2° de esta norma introdujo como principales novedades a la regulación de la oportunidad: (i) nuevos marcos punitivos límite para su procedencia; (ii) nuevos delitos pasibles de ser resueltos bajo un acuerdo reparatorio; (iii) un catálogo de impedimentos para su aplicación en torno al número

⁶¹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.58.

⁶² Cfr. D. Leg. N° 638.

⁶³ SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., pp.44-45.

⁶⁴ SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal*, T. I. Edit. Grijley, 2da ed., 2003, p.320.

⁶⁵ ESPINOZA, J., “A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal”, *Anuario de Derecho Penal: “La reforma del proceso penal peruano”*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2004, nota 7, p.450.

de veces posible de acogerse a este principio; y, (iv) la posibilidad de imponer, a fin de suprimir el interés público en la persecución, el pago a favor de una institución estatal o de interés social y la observancia de reglas de conducta; entre otras reglas que debían ser observadas en los procedimientos de los distritos judiciales del país donde este código se encontraba vigente. Por otro lado, en el año 2012, con el D. Leg. N° 1102, se introdujo la posibilidad de que el fiscal renuncie a la persecución penal de delitos mineros, cuando el agente demuestre haber suspendido voluntariamente, definitiva e indubitable sus actividades ilícitas.

Finalmente, en agosto de 2013, con la Ley N° 30076 se derogó el art. 2° del CPP 1991 al adelantarse la vigencia a nivel nacional del art. segundo del CPP 2004, con lo cual, como bien aclara ORÉ, se dejó sin efecto también las circulares expedidas durante la vigencia de la primera disposición⁶⁶.

Habida cuenta del avance regulatorio que ha sufrido el mecanismo de la oportunidad en el Perú desde su introducción, y a partir de una interpretación integral del conjunto de facultades que nuestro sistema penal prevé para el Ministerio Público, podemos concluir que, dada la circunscripción natural del principio de oportunidad aplicable a supuestos de pequeña y mediana criminalidad, el eje rector de la persecución de los delitos públicos sigue siendo el principio de legalidad procesal. Tal como lo prescribe la actual Const. de 1993, en los mismos términos que su antecesora, el Ministerio Público tiene el deber de promover la acción penal “en defensa de la legalidad” (art.159.5°). Dicha obligación, además, se haya reproducida en sede penal, dentro del Estatuto Orgánico del Ministerio Público (art. 11° del D. Leg. N° 52); en el propio CPP 2004 (art. IV° TP y art. 1°); y, constituye una derivación lógica del art. 10° del CP que prescribe el trato igualitario en la aplicación de la ley penal.

Ahora bien, paralelamente a estas disposiciones, el legislador adopta un sistema de oportunidad reglado, lo que significa que la obligatoriedad de la persecución ya no asume la forma de un “dogma absoluto” como fue entendido implícita y explícitamente hasta el CPP 1940. Por el contrario, hoy en día, este postulado constituye una regla general que da cabida a excepciones previstas legalmente. En ese orden de ideas, se colige que el legislador procesal, aceptando implícitamente las dificultades de realizar a cabalidad la legalidad procesal (la experiencia histórica es la mayor prueba), se decanta pragmáticamente por la opción de acudir a un mecanismo de selección dentro del propio sistema penal, con la finalidad de aliviar la carga procesal⁶⁷.

⁶⁶ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.358.

⁶⁷ ORÉ, A., “Código procesal penal de 1991...”, Ob. Cit., p.120.

1.2 Delimitación conceptual en el Código Procesal Penal de 2004

Al adentrarnos en el estudio del principio de oportunidad, podremos advertir la estrecha proximidad que hace la doctrina de este mecanismo con el principio de legalidad, al punto que es muy difícil encontrar una definición que no haga referencia a este “parentesco”. Por ejemplo, se encuentra muy extendida la definición que concibe al principio de oportunidad como “toda manifestación que se aparte del sometimiento estricto al principio de legalidad” y su correspondiente obligación de ejercer la acción penal⁶⁸. A partir de dicha delimitación, el binomio legalidad-oportunidad, nos indicaría sin más, en que situación corresponde la apertura y la conclusión del proceso penal⁶⁹.

Sobre el particular, estimamos que, si bien dicha aproximación arroja algunas luces, no resulta del todo útil, en primer lugar, porque definir de manera negativa constituye sencillamente renunciar a conceptualizar; y en segundo lugar, porque admitir esta vastedad como definitoria del principio de oportunidad acarrea que este abarque con bastante facilidad todo mecanismo que comporte la terminación anormal del proceso; que descriminalice conductas o impida su sanción; o, sencillamente que reconduzca al amplio espectro de discrecionalidad⁷⁰ que el CPP 2004 otorga al Ministerio Público. Así, bajo esta concepción omnicompreensiva, el principio de oportunidad incluiría la terminación anticipada, la conclusión anticipada de juicio, la colaboración eficaz, y por supuesto, el archivo por razones de oportunidad del art. segundo. Sin embargo, dado que todas estas figuras, pese a estar emparentadas, tienen consecuencias muy disímiles y un tratamiento procedimental distinto, es imperativo aclarar que significa propiamente el principio de oportunidad.

1.2.1 Naturaleza Jurídica

El art. segundo del CPP, las diversas manifestaciones de la justicia penal negociada y los procesos especiales que giran en torno a la celeridad se enmarcan dentro del abanico de mecanismos de simplificación procesal que, conforme detalla HERRERA, comparten el hecho de ofrecer una solución más expedita del conflicto causado por el delito y se introdujeron en las reformas procesales latinoamericanas a fin de permitir un manejo eficiente de los casos penales, finiquitar rápidamente la situación jurídica del procesado y posibilitar una pronta satisfacción resarcitoria en favor de la víctima⁷¹.

⁶⁸ Crítica con esta concepción se muestra ARMENTA, T., “El principio de legalidad vs principio de oportunidad”..., Ob. Cit., p.441-456.

⁶⁹ GIMENO, J. citado por San Martín, C. *Derecho procesal penal*, T. I. Edit. Grijley, 2da. ed., Lima, 2003, p.317.

⁷⁰ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad*..., Ob. Cit., p.60.

⁷¹ ORÉ, A. y Ramos, L. citados por HERRERA, M., “La naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios y el rol del fiscal”, *Gaceta Penal* N° 71, Lima, 2015, p.233.

ESPINOZA aclara que en aplicación de estos mecanismos, según sea el caso, se abrevia el proceso a partir del cumplimiento de determinados requisitos, cuando a partir del consenso de las partes o el allanamiento del acusado deviene innecesaria la instrucción o el juicio, o, de modo más radical, se permite directamente al fiscal renunciar a ejercer la acción penal⁷².

Siguiendo la clasificación propuesta por HERRERA, dentro de los institutos que simplifican el proceso se agrupan: (i) las modalidades de la justicia penal negociada *stricto sensu* (colaboración eficaz, terminación anticipada y conclusión anticipada del juicio); (ii) los que solo abrevian el proceso (acusación directa y proceso inmediato); y, finalmente (iii) los que suponen una verdadera opción distinta al proceso (principio de oportunidad)⁷³.

Vistas las cosas con atención, se podrá advertir que mientras la mayoría de mecanismos de simplificación avanzan hasta el estadio de la culpabilidad por el hecho, y como consecuencia de ello, existe un pronunciamiento sobre la imposición de una pena⁷⁴ (consabida tarea primordial y exclusivamente jurisdiccional), el principio de oportunidad, al tratarse de una alternativa al proceso, se distingue por significar, en clave material, una reacción diferente a la punición propia de las consecuencias jurídico-penales del CP⁷⁵.

1.2.2 Definición

Conforme a la regulación peruana el principio de oportunidad es la alternativa al proceso en cuyo mérito el Fiscal con el consentimiento del investigado, puede abstenerse de promover la acción penal o solicitar su sobreseimiento, cuando el interés público en la persecución desaparece, o, bien puede suprimirse en atención a determinadas condiciones.

1.3 Caracterización positiva

El principio de oportunidad vigente en nuestro país se configura como una potestad fiscal de renuncia a la acción penal, de carácter reglada y excepcional, que supone una solución de equidad sellada con eficacia de cosa decidida o cosa juzgada.

1.3.1 Potestad fiscal de renuncia a la acción penal

De la lectura del art. segundo del CPP, podemos deducir que la abstención de la acción penal es una potestad concedida legalmente al Fiscal, quien es el único legitimado para decidir la renuncia a la persecución penal bajo ciertas condiciones. Lo anterior se sostiene sobre la base de su papel como titular excluyente del ejercicio público de la acción penal (arts. IV, 1° y 60° CPP). En modo alguno, enerva a esta consideración el hecho que luego de formalizada la

⁷² ESPINOZA, J., “A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal”..., Ob. Cit., p.447-448.

⁷³ HERRERA, M., “La naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios”..., Ob. Cit., p.232.

⁷⁴ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad*..., Ob. Cit., p.216.

⁷⁵ Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, FJ 18°.

investigación corresponda al Juez emitir el sobreseimiento. En la medida que la norma habilitante exige la previa petición por parte del Fiscal, se colige que el Juez no puede sobreseer *motu proprio* la causa sin la conformidad del titular de la acción penal (art. 2.7° CPP)⁷⁶.

Del mismo modo, si bien la regulación legal concede al investigado y a la víctima, un papel relevante para arribar al acuerdo que permitirá el archivo o sobreseimiento, es de resaltar que la conformidad de las partes materiales no es determinante pues quien tiene la última palabra sobre la renuncia a la acción pública es el Fiscal⁷⁷.

Por otro lado, es de subrayar que esta facultad tiene por objeto distintivo la renuncia a la acción penal, pues, se estima que en estos casos hay una alternativa más adecuada para solucionar el conflicto jurídico-penal que continuar con el proceso penal⁷⁸. De modo que, sin perjuicio de la intervención judicial una vez formalizada la investigación, poner esta institución en manos del Fiscal durante la etapa de preliminar, obedece al propósito de evitar la realización del proceso penal lo más temprano posible, a fin de escatimar los gastos que una promoción de la acción penal conllevaría⁷⁹.

1.3.2 Facultad reglada y excepcional

Dado que por mandato constitucional el eje rector de la persecución de nuestro sistema penal lo constituye la legalidad procesal, los criterios de oportunidad tienen carácter excepcional, derivado de su configuración como respuesta distinta al sistema tradicional de sanciones jurídico-penales previstas en el Código Penal (art. 28°). En ese sentido, este mecanismo prevé un catálogo de impedimentos dirigidos a evitar que un abuso de este mecanismo afecte los fines preventivos del Derecho penal (art. 2.9° CPP).

Bajo ese contexto, a diferencia de la discrecionalidad estadounidense sometida únicamente a límites jurídicos negativos, el sistema de oportunidad reglado previsto en nuestra legislación persigue previsibilidad y homogeneidad en la labor de los fiscales, tratando de impedir la arbitrariedad y buscando mantener la seguridad jurídica durante la persecución penal.

Para ello, desde una perspectiva de *numerus clausus*, el legislador aporta unos parámetros o criterios específicos que sirven de brújula al Fiscal para ponderar su decisión. Por consiguiente, los representantes del Ministerio Público solo podrán aplicar los criterios de oportunidad del art. 2° con estricto apego al enunciado normativo habilitante cuando verifiquen

⁷⁶ ZARSOSA, C., “La simplificación del procedimiento penal y el principio de oportunidad de la acción penal”, *Revista Lex* Vol. 7, Nº 6, 2009, p.549.

⁷⁷ HERRERA, M., “La naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios”..., Ob. Cit., p.238.

⁷⁸ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal*..., Ob. Cit., p.351.

⁷⁹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad*..., Ob. Cit., p.218.

el cumplimiento de los requisitos previstos para su procedencia, lo que incluye el descarte de impedimentos y, además de la ley procesal, observar el reglamento vigente.

En resumidas cuentas, el carácter reglado y excepcional conlleva que los fiscales deban aplicar los criterios de oportunidad siguiendo el procedimiento previsto (requisitos, oportunidad, plazos, descarte de impedimentos, etc.), de modo que no son amparables ejercicios desviados de esta facultad ya sea creando nuevos criterios, o aplicando los contemplados en hechos que no cumplen los requisitos previstos⁸⁰.

Fuera de los estrictos límites previstos en la ley procesal, cobra plena vigencia la obligatoriedad de la persecución. En consecuencia, podemos concluir que en nuestro sistema reglado la política persecutora se haya predeterminada por el legislador, y el órgano persecutor tiene un delimitado margen valorativo dentro de los contornos fijados por aquel.

1.3.3 Decisión sellada con eficacia de cosa decidida o de cosa juzgada

El CPP reconoce dentro del campo de acción del Ministerio Público en el proceso, las disposiciones de archivo por motivos de oportunidad (art. 122°). En este caso, si bien los efectos jurídicos autónomos de la disposición fiscal no hacen tránsito a *cosa juzgada*, sí gozan de la naturaleza de *cosa decidida*, como en su caso sucede con el archivo en mérito a la carencia de ilicitud penal, lo que hace a dicha disposición plausible de seguridad jurídica⁸¹. Asimismo, el *status* de inamovilidad de dicha decisión se colige de la expresa previsión normativa que sanciona con nulidad la reapertura de una investigación por el mismo hecho (art. 2.4° CPP).

Ahora bien, dado que la formalización de la denuncia impide que el Fiscal pueda archivar una investigación sin aprobación judicial (art. 339.2° CPP), la ley procesal prevé también la posibilidad de una *oportunidad tardía* (art. 2.7° CPP)⁸², en cuyo caso el Fiscal puede petitionar al Juez el sobreseimiento de los actuados antes de interponer acusación. Ahora bien, una vez corrido traslado de la acusación literal e) del art. 350.1° CPP contempla la facultad que tienen las partes materiales en la audiencia preliminar para instar un criterio de oportunidad. En estos casos, la intervención judicial en la decisión determina que el auto expedido, una vez firme, haga tránsito a cosa juzgada (art. 139.13° Const.).

⁸⁰ ANGULO, P. citado por SALAZAR, R., *El Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios: Mecanismos de Simplificación Procesal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Alerta Informativa, Lima, p.2.

⁸¹ STC Exp. N° 2725-2008-PHC/TC FJ N° 16.

⁸² Cfr. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, p. 14.

1.3.4 *Solución de equidad al conflicto jurídico-penal*

Dado que la ley penal no asegura la justicia o moralidad del mandato⁸³ para todos los casos subsumibles en su ámbito de aplicación, mediante el principio de oportunidad se tiene en cuenta las particularidades del hecho, la posición de la víctima, las condiciones particulares del investigado y el efecto de una eventual condena sobre éste⁸⁴, todo ello, a fin de lograr una solución más justa al caso en concreto⁸⁵ (por ejemplo, como sucede con el supuesto de la “grave afectación del agente”). En ese sentido, en algunos casos, para dar solución al problema la reparación no tendrá por qué tener necesariamente un contenido económico⁸⁶, sino que lo primordial es que el aspirante demuestre de algún modo su sometimiento al ordenamiento jurídico.

1.4 **Justificación: la *ratio essendi* del principio de oportunidad**

La genealogía de esta institución nos enseña que su introducción a nuestro ordenamiento jurídico se da como contrapeso a la obligatoriedad de la persecución penal en un contexto socio-jurídico marcado por diversas circunstancias que dificultaban un control eficaz de la carga procesal con severas repercusiones en la institucionalidad del servicio de justicia, la satisfacción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la sensación de impunidad en la lucha contra la criminalidad, la consecución de los fines del Derecho penal, y en definitiva, la posibilidad de obtener paz social mediante el proceso.

Frente a ello, el legislador peruano, sirviéndose de la experiencia comparada, y en el marco de su discrecionalidad para incorporar instituciones que coadyuven con la prevención de delitos⁸⁷, echó mano de diversos mecanismos de simplificación procesal, dentro de los cuales, el principio de oportunidad destaca por posibilitar el archivo o sobreseimiento de investigaciones en virtud de razones político-criminales de orden material, permitiendo con ello el ahorro de recursos que un procesamiento completo conllevaría.

El hecho de que esta herramienta persiga aliviar al sistema penal de una parte del volumen de los conflictos penales producidos por la pequeña y mediana criminalidad, y con ello, coadyuvar a su buen funcionamiento, deja constancia que al igual que en Alemania, el principio de oportunidad en el Perú logra su consagración legislativa en respuesta al problema de la eficacia de la justicia penal.

⁸³ LAMARCA, C., “El principio de legalidad penal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N°1, 2012, p.157.

⁸⁴ Recomendación del Consejo de Europa N° R (87) 18 del 17 de septiembre de 1987 sobre la simplificación de la Justicia Penal, citada por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.147-148.

⁸⁵ GLASER, J., citado por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.80.

⁸⁶ SALAZAR, R., *El Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios...*, Ob. Cit., p.3.

⁸⁷ STC Exp. N° 003-2005-PI/TC FJ N° 269.

Ahora bien, la *eficacia* que se pretende a través del principio de oportunidad no puede ser entendida en términos puramente *productivos* y de *rentabilidad*, pues al verse comprometidos en el funcionamiento del sistema penal los derechos de los ciudadanos, dicha constatación exige complementar dichos objetivos con la debida nota de garantismo que asegure la debida protección de estos derechos⁸⁸. Por lo tanto, la renuncia a la persecución penal y la celeridad que se consigue a través de ella, tiene que ser consecuencia de una decisión que se considere justa, pues de lo contrario no quedaría garantizada la paz social⁸⁹.

En esa perspectiva, la justificación que se haga de esta institución debe pasar revista no solamente de aquellas ventajas político-criminales que este mecanismo brinda para hacer frente a la sobrecarga del servicio judicial, sino que primordialmente debe dar cuenta y responder a los riesgos que esta institución supone para algunas garantías y fines del propio sistema penal en su conjunto. Solo a partir de la ponderación de todos los elementos de relevancia constitucional en juego, se podrá justificar en clave de juicio de proporcionalidad⁹⁰, la renuncia a la persecución penal en nuestro actual contexto jurídico-social.

1.4.1 Ventajas político-criminales

Encaminados en esta labor, empezaremos señalando que a nivel *operativo* el inmediato beneficio que ofrece el cese de la persecución para el sistema penal radica en el marco temporal para su ejercicio: los supuestos de oportunidad son aplicables antes de formalizar la investigación y hasta la audiencia preliminar en etapa intermedia, evitando con ello, la utilización de todos los recursos que implicaría el desarrollo del proceso. De este modo, los casos que no necesitan solución alguna (la grave afectación del agente), o aquellos que pueden solucionarse sin recurrir a una pena, son despejados rápidamente por el sistema⁹¹.

En esa línea, el principio de oportunidad propicia la efectividad de la lucha contra la criminalidad, al permitir la concentración de esfuerzos en la persecución de los delitos más graves⁹². Desde las primeras discusiones en torno al principio de oportunidad, explica LAMADRID, se advirtió que la obligatoriedad de una persecución incondicionada desperdiciaba los limitados recursos del Ministerio Público, al tenerse que procesarse, en algunos casos,

⁸⁸ SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., p.49.

⁸⁹ GÖSSEL, K., citado por HERRERA, M., “La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal, Especial referencia a los ordenamientos español y peruano”. *Revista Política Criminal* Vol. 11, N° 21, 2016, p.257.

⁹⁰ STC Exp. N° 10-2002-AI/TC FJ 195°.

⁹¹ BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano” ..., Ob. Cit., p.165. Cabe precisar que, si bien el autor predica estas características del proyecto de CPP publicado en abril de 1995, sus comentarios, en lo sustancial, resultan aplicables para la regulación vigente.

⁹² Aunque luego dicha autora haga hincapié en los posibles efectos adversos sobre la credibilidad del sistema. Cfr.: ARMENTA, T., “Justicia restaurativa y principio de oportunidad ¿mediación en el proceso penal?”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* N° 45, Bogotá, 2017, p.115.

hechos donde no se apreciaba interés público alguno⁹³, o donde la presencia de este interés podía fácilmente suprimirse en cumplimiento de determinadas medidas no carcelarias.

Por otro lado, desde la óptica de un proceso sin dilaciones indebidas, el eje temporal de aplicación de la oportunidad beneficia a las partes materiales del conflicto jurídico-penal, quienes no deben esperar un largo proceso para la solución del caso. Así, de existir una *víctima* que haya soportado una afectación, el hecho de que el archivo se condicione hasta el efectivo cumplimiento del acuerdo reparatorio en un plazo determinado, asegura que su interés resarcitorio sea protegido (art. 2.4º CPP). Es más, desde el punto de vista de quienes propugnan una reivindicación protagónica de la víctima en el proceso, el acuerdo reparatorio se erige en un medio para su participación activa en el restablecimiento de la paz jurídica, porque con su intervención se facilita la solución al conflicto penal⁹⁴.

Por su parte, el *investigado* se ve favorecido no solo ante la renuncia a la eventual interposición de una pena y los efectos criminógenos que una encarcelación podría conllevar, sino también por la privación de los eventuales perjuicios derivados de la sola tramitación del proceso: las denominadas *pena de banquillo* y *pena mediática*. Además, el principio de oportunidad constituye una mejor salida para quien tiene probabilidad de condena en su contra porque no conlleva la tacha del antecedente penal⁹⁵.

De otro lado, para el investigado que cumple con alguna atenuante de pena o pueda aplicársele eventualmente una exención de la misma (art. 68º CP) o una reserva del fallo condenatorio (art. 62º CP), le resulta provechoso que estos beneficios del Derecho penal material sean tomados en cuenta en su favor durante la investigación, sin esperar el final del proceso⁹⁶.

1.4.2 Objeciones y contra objeciones sobre su admisión

Aunque sean varias las ventajas que conlleva, esta institución no está, sin embargo, libre de críticas. ARMENTA DEU sostiene que el hecho que el nacimiento del principio de oportunidad se vea aparejado al fracaso de la Administración de justicia para alcanzar sus propósitos, conlleva que esta institución sea “un mal necesario” que al igual que la pena, tenga que ser utilizado, cuando no exista otra alternativa mejor⁹⁷. Bajo esta óptica, la citada autora propone

⁹³ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.84-85.

⁹⁴ RODRÍGUEZ, J., “La reparación como sanción jurídico-penal”. *Revista Ius et Veritas* Nº 9, 1998, nota 1, p.28. Se facilita, pero su participación no es indispensable para la renuncia a la persecución penal dado que los arts. 2.3º y 2.7º CPP prevén la posibilidad de que, en ausencia del agraviado o ante falta de sobre la reparación civil, sea el Fiscal o, en su caso, el Juez quien lo determine.

⁹⁵ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.110.

⁹⁶ HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”..., Ob. Cit., p.9.

⁹⁷ ARMENTA, T., “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”..., Ob. Cit., p.459.

voltear la mirada hacia soluciones, “no tan costosa en términos garantistas”, como aumentar la inversión que se hace en el servicio de justicia o recurrir, en todo caso, a la despenalización de aquellos delitos cuya investigación se pretende apartar del conocimiento judicial⁹⁸.

A esta propuesta cabe objetarle que, sin perjuicio de la parte de razón que le asiste, el colapso de la administración de justicia obedece a razones de diversa índole, muchas de ellas totalmente ajenas al funcionamiento del servicio de justicia (por ejemplo, el crecimiento demográfico o las crisis económicas), por lo que frente a la expansión del Derecho penal todo hace indicar que, con independencia de los esfuerzos que se pongan en aumentar los recursos materiales y personales del Ministerio Público y el Poder Judicial, estos siempre resultaran siendo, tarde o temprano, insuficientes.

Bajo estas circunstancias, un modelo basado únicamente en el principio de legalidad terminará siendo contrafáctico, al no poder cumplir con los objetivos que anuncia, lo cual acarrea diversos problemas como la deslegitimación del propio sistema y que terminen surgiendo mecanismos informales de discrecionalidad que, al no contar con regulación legislativa, no puedan ser debidamente controlados⁹⁹. En consecuencia, lo más sensato es regular mecanismos formales de selección dentro del propio sistema penal que, permitiendo la descarga procesal, aseguren no afectar la paz social¹⁰⁰.

Un mecanismo como el principio de oportunidad vendría a solucionar todos estos problemas, sin embargo, su adopción conlleva algunos riesgos que será necesario sopesar, tales como: afectar la igualdad en la persecución penal; producir de todos modos un efecto adverso sobre la seguridad jurídica y la función de prevención del Derecho penal; y, afectar la imparcialidad en la solución del conflicto, al reagrupar la función investigadora y juzgadora en manos del Fiscal¹⁰¹.

1.4.2.1 La igualdad ante la ley penal. Una aplicación igualitaria del Derecho es la base para una decisión justa. La personificación alegórica de la justicia se ve justamente representada por la dama que sostiene la balanza con una venda en los ojos porque con ello se indica inequívocamente que las normas jurídicas deben regir con una abstracción hecha de cada persona¹⁰².

⁹⁸ *Ibíd.*, p.464.

⁹⁹ DUCE, M., “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”..., *Ob. Cit.*, p.251.

¹⁰⁰ ALCALÁ-ZAMORA, N., citado por ESPINOZA, J., “A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal”..., *Ob. Cit.*, nota 2, p.447.

¹⁰¹ ARMENTA, T., “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”... *Ob. Cit.*, p.460-464.

¹⁰² HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”..., *Ob. Cit.*, p.8.

La igualdad de trato del ciudadano en aplicación de la ley penal se garantiza a su vez mediante una persecución penal obligatoria porque de este modo se obliga a las autoridades a reaccionar frente a todo hecho con apariencia delictiva del que se tome conocimiento¹⁰³. En los ordenamientos jurídicos donde el fiscal es titular exclusivo de la acción penal, y de él depende el procesamiento de un hecho, este sometimiento irrestricto a la legalidad sirve de parámetro de control para que los ciudadanos puedan defenderse ante una actuación desviada de poder¹⁰⁴.

Ahora bien, a pesar de la garantía que ofrece una persecución incondicionada, conviene hacer hincapié que, partiendo de la distinción teórica-normativa entre reglas y principios, la legalidad procesal constituye un principio, y por tanto, es un mandato de optimización no definitivo que, acorde a la conocida formulación de ALEXY, exige su cumplimiento siempre que sea posible, “según las posibilidades fácticas y jurídicas existentes”¹⁰⁵. Es decir, que resulta perfectamente posible la admisión de excepciones a su observancia, siempre y cuando estas se hallen debidamente justificadas. AMBOS precisa que esta característica se expresa, por tomar un ejemplo extremo, en la renuncia que se hace de la legalidad procesal en el marco de procesos de paz en la justicia transicional, donde luego de un período de conflictos y afectaciones a los derechos humanos, a fin de conseguir la reconciliación y la estabilidad de la sociedad, se admitan, “como último recurso”, herramientas de negociación consistentes en amnistías absolutas y condicionadas¹⁰⁶.

En el caso del principio de oportunidad, habida cuenta de las serias dificultades que se presentan en nuestro contexto jurídico-social para que el sistema brinde respuesta oportuna a todos los casos pendientes, restaría determinar las posibilidades jurídicas para su admisión. Al respecto, estimamos que partiendo de la premisa que el Derecho penal debe estar orientado a reducir su intervención al mínimo indispensable¹⁰⁷; sumado al hecho que la ley penal no asegura la justicia o moralidad del mandato¹⁰⁸ para todos los casos subsumibles en su ámbito de aplicación, resulta atendible permitir al titular de la acción penal pública, determinar el interés público concreto en la persecución, de modo que frente a hechos punibles de poca significancia social se pueda renunciar a su persecución cuando se ha alcanzado la solución al caso por otra alternativa distinta a su procesamiento.

¹⁰³ Cfr. ARMENTA, T., “El principio de legalidad vs principio de oportunidad”..., Ob. Cit., p.441-456.

¹⁰⁴ ARMENTA, T., “Justicia restaurativa y principio de oportunidad...”, Ob. Cit., p.111.

¹⁰⁵ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 91, 2011, p.12.

¹⁰⁶ AMBOS, K., “El marco jurídico de la justicia de transición”. *Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, pp.39-40.

¹⁰⁷ JESCHECK, H., citado por RODRÍGUEZ, J., “La reparación como sanción jurídico-penal”... Ob. Cit., p.32.

¹⁰⁸ LAMARCA, C., “El principio de legalidad penal”... Ob. Cit., p.157.

Como refieren los autores franceses MERLE y VITU, bajo la legalidad procesal el Fiscal está obligado a presumir que el interés público exige perseguir; mientras que, con el principio de oportunidad, la ley deja juzgar al acusador público la utilidad concreta de la represión y el interés social en el castigo de un determinado hecho¹⁰⁹. Ahora bien, si a este margen de apreciación se le impone suficientes controles normativos, podemos concluir que el axioma de la legalidad adquiere un nuevo cariz: se renuncia a una de sus derivaciones, la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, pero se sigue garantizando a través de la previsión de supuestos taxativos que nadie será sometido a un procedimiento distinto del previamente establecido¹¹⁰ (art. 139.3° Const.).

1.4.2.2 Los fines preventivos del Derecho penal. Abstenerse de perseguir un hecho con apariencia delictiva implica renunciar a la eventual imposición de una pena, lo que a juicio del comparativista AMBOS, entraña el riesgo de debilitar en cierta forma el orden jurídico y social. En concreto, la no persecución restaría la efectividad de la disuasión del Derecho penal (prevención general negativa), al poner en cuestión la certeza del castigo¹¹¹ y, además, los criterios de oportunidad promoverían una cultura de impunidad con repercusión directa sobre la reafirmación de aquellos valores que subyacen en las normas penales, y que, como la integridad física o el patrimonio, tienen, sin lugar a dudas, una elemental importancia en la sociedad (prevención general positiva)¹¹².

Frente a estas amenazas, en primer orden, conviene tener claro que el principio de oportunidad no supone en estricto la descriminalización de los delitos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicabilidad, sino que, por el contrario, con esta herramienta se persigue descargar de trabajo al sistema penal en los casos menores sin echar por la borda aquellas normas materiales que, por razones preventivo-generales, conviene mantener invariable su juicio de disvalor general¹¹³. Esto se aprecia con claridad en nuestra legislación, al tener en cuenta los impedimentos temporales y materiales que existen para poder acogerse a este beneficio en más de una oportunidad (art. 2.9° CPP).

En segundo lugar, si bien con el archivo por razones de oportunidad se prescinde de la eventual sanción jurídico-penal que habría cabido imponer, ello no comporta renunciar a los fines preventivos del Derecho penal, porque dicho mecanismo opera bajo ciertas condiciones que persiguen justamente no afectar dichos fines.

¹⁰⁹ MERLE, R. y VITU, A., *Traité de droit criminel*, T. II. Edit. Cujas, 4ta. ed., Paris, 1989, p.700.

¹¹⁰ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.351.

¹¹¹ SILVA, J. *La expansión del derecho penal...*, Ob. Cit., p.77.

¹¹² AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición"..., Ob. Cit., pp.39-40.

¹¹³ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.273.

Así, teniendo en cuenta los impedimentos destinados a evitar un abuso de este mecanismo y desde una óptica de la reparación como “tercera vía del Derecho penal”, ante un hecho delictivo de poca trascendencia social (que son a los que se dirige el principio de oportunidad), cabe admitir que la reparación satisfactoria a la víctima, de manera voluntaria por parte del presunto autor del hecho punible (por si sola o en compañía de otras medidas no carcelarias destinadas a suprimir el interés público en la persecución) resultará suficiente para promover la fidelidad al Derecho en el resto de la colectividad¹¹⁴.

En esa línea, es de tener en cuenta que las prestaciones que pueden imponerse en virtud del principio de oportunidad y los obstáculos existentes en su regulación para evitar un abuso de este mecanismo tienen también la virtud de garantizar la finalidad preventivo-negativa del Derecho Penal. Si bien resulta claro que no puede alegarse que la reparación del daño tenga siempre una fuerza intimidatoria, pues ello depende del poder adquisitivo de cada sujeto, lo que conllevaría un “tratamiento desigual inaceptable”¹¹⁵, por dicho motivo, en aquellos casos donde la reparación no pueda garantizar por sí sola la fuerza disuasoria de la ley penal, se deberá adicionar la observancia de determinadas reglas de conducta a fin de confirmar el sometimiento del aspirante al ordenamiento jurídico.

Garantizadas estas exigencias mínimas de prevención general sin la necesidad de acudir a una pena, se puede considerar desde un punto de vista preventivo especial¹¹⁶, el efecto preventivo que la reparación y, en su caso, el cumplimiento de determinadas medidas aleccionadoras como las reglas de conducta, producirían en el autor del delito al hacer que este asuma las consecuencias de su hecho y procure una reconciliación con la víctima¹¹⁷. Por todo lo dicho, podemos concluir que la regulación que tenemos del principio de oportunidad posibilita la comunicación mensajes preventivos al autor y a la sociedad en su conjunto, cifrados en clave reparatoria, asistencial o conductual¹¹⁸.

1.4.2.3 El principio acusatorio y la función jurisdiccional. El principio de oportunidad regulado en nuestro país permite al fiscal renunciar a la persecución penal durante las diligencias preliminares sin previa aprobación judicial. Dicha configuración conllevaría que se reúnan dentro de la persona del fiscal la función investigadora y enjuiciadora, pues sobre la base de su opinión favorable a la existencia de la acción penal se le permite finiquitar el caso

¹¹⁴ RODRÍGUEZ, J., “La reparación como sanción jurídico-penal”... Ob. Cit., nota 1, pp.28-35.

¹¹⁵ GARCÍA, P., *Derecho Penal Parte General*, Jurista Editores, 2da. ed., Lima, 2012, p.109.

¹¹⁶ ROXIN, C., citado por HERRERA, M., “La negociación en el proceso penal...”, Ob. Cit., p.250.

¹¹⁷ ROXIN, C., citado por GARCÍA, P., *Derecho Penal Parte General...*, Ob. Cit., nota 235, p.110.

¹¹⁸ Crítico con esta posibilidad se muestra MOLINA, R. “La McDonaldisación del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva)”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 38, N° 109, Medellín, 2008, p.315.

de manera definitiva. De esa forma, se quebrantaría la regla según la cual *quien investiga no debe juzgar*, poniéndose en grave riesgo la imparcialidad que debe informar la labor del Ministerio Público¹¹⁹.

En esa línea, SAN MARTÍN refiere que la decisión del legislador de haber omitido una previa aprobación judicial durante las diligencias preliminares sería equivocada, por cuanto corresponde al Poder Judicial determinar si existen elementos de convicción y se cumplen los requisitos del principio de oportunidad¹²⁰.

Sobre el particular, consideramos conveniente partir de la premisa que la Const. peruana de 1993 configura al Ministerio Público como un organismo público autónomo (art. 158°), libre por tanto, de directrices externas del Poder Ejecutivo. Bajo esta autonomía, los representantes de la Fiscalía gozan de independencia de criterio, y se encuentran sujetos únicamente a la Const., las leyes y aquellas directrices internas que, en virtud de la organización jerárquica, emite la Fiscalía de la Nación (art. 61.1° CPP). Sumado a ello, siguiendo el modelo germano y a diferencia del sistema angloamericano de partes¹²¹, su actividad se halla informada por un deber de objetividad y por el principio de averiguación de la verdad material, en cuyo mérito los fiscales no solo tienen la obligación de recabar elementos de cargo, sino también de descargo en favor del imputado (art. 61.2° CPP).

Desde esa perspectiva, estimamos que la presencia de estas garantías en la configuración peruana del Ministerio Público hace perfectamente posible que durante la investigación preliminar esta autoridad pueda renunciar *motu proprio* a la persecución sin intervención judicial. Según defiende ANGULO ARANA, el grado de confianza y credibilidad que deposita el legislador en esta institución se ve reflejado en el hecho que: (i) ostente la dirección de la investigación (art. 1° CPP) y tenga potestad coercitiva para realizarla (art. 66° CPP); (ii) tenga la potestad para ejercer la acción penal y solicitar condenas; (iii) se reconozca valor de prueba a la confesión prestada en su presencia (literal d) art. 160.2° CPP); y, para el fin que nos ocupa, (iii) puedan aplicar por sí mismos criterios de oportunidad y celebrar acuerdos reparatorios asumiendo una posición de tercero *inter partes*¹²² (por ejemplo, fijando el plazo de pago de la reparación ante la falta de acuerdo de las partes art. 2.3° CPP).

Por las razones expuestas, consideramos que exigir previa aprobación judicial sin que la investigación se haya formalizado no solo supone desconocer la facultad de archivo que les

¹¹⁹ ARMENTA, T., “El fiscal instructor, ¿es necesario?”..., Ob. Cit., p.206.

¹²⁰ SAN MARTIN, C., *Derecho procesal penal*..., Ob. Cit., p.320.

¹²¹ ROXIN, C., citado por ARMENTA, T., “El fiscal instructor, ¿es necesario?”..., Ob. Cit., pp.206-207.

¹²² ANGULO, P., “La imparcialidad del fiscal”. En: *Anuario de Derecho Penal: “Ministerio Público y proceso penal”*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2012, pp.73-74.

asiste a los fiscales durante esta instancia, sino que representa un contrasentido al propósito de coadyuvar a la descarga del sistema penal y que la judicatura pueda concentrarse en delitos de mayor envergadura¹²³.

1.4.3 *Test de proporcionalidad*

El principio de oportunidad se fundamenta en el decaimiento del interés público en la persecución penal, pues se consigue garantizar la finalidad preventiva del Derecho penal mediante alternativas diferentes a la pena. Como se verá más adelante, en el supuesto de la grave afectación sufrida por el agente (*poena naturalis*) no resulta necesario continuar con el procedimiento puesto que la pretensión punitiva pierde su objeto al existir de *facto* una sanción de equivalencia funcional a la pena estatal¹²⁴; mientras que en el resto de casos, se recurre a diferentes medidas dirigidas a suprimir el escaso o moderado interés público que pueda persistir en la persecución penal.

Desde la perspectiva del examen de idoneidad, esta medida resulta apta para coadyuvar a la descongestión del servicio judicial pues con el descarte de los delitos donde el principio de oportunidad resulta aplicable se alivia la carga de estos casos, ahorrándose todos los recursos que su plena tramitación conllevaría y propiciando que la fiscalía y la judicatura tengan más tiempo para delitos de mayor envergadura.

Por otro lado, desde el prisma del principio de necesidad, cabe señalar que sin perjuicio de la innegable necesidad de inyectar mayor inversión en el servicio de justicia y promover un “Derecho penal mínimo”, el principio de oportunidad tiene mayor amplitud de miras para hacer frente a la expansión del Derecho penal en los ámbitos de la pequeña y mediana criminalidad, pues constituye una herramienta que podrá extender su ámbito de aplicación según lo demande el contexto histórico y lo permita la Carta Magna¹²⁵.

Sobre el análisis de la proporcionalidad *stricto sensu*, concluimos positivamente en que existe una razonable conmensuración entre los beneficios descritos que se obtienen a través del principio de oportunidad y el grado de insatisfacción que sufre la legalidad procesal, por dos importantes razones: primero, porque es posible garantizar el rescate de los fines preventivos del Derecho penal sin acudir a una pena. Segundo, porque con la previsión legal y taxativa de los supuestos excepcionales en los que cabe su utilización, se garantiza el tratamiento igualitario a los ciudadanos en estos nuevos términos.

¹²³ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.218.

¹²⁴ BOBADILLA, C., “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”. *Revista Política Criminal* Vol. 11, Nº 22, 2016, pp.554-555.

¹²⁵ Recomendación del Consejo de Europa Nº R (87) 18 del 17 de septiembre de 1987 sobre la simplificación de la Justicia Penal, citada por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.147-148.

1.4.4 El problema de la subutilización

La incorporación del principio de oportunidad y el resto de reformas introducidas con el CPP 2004, constituyen cambios muy trascendentales que esperan mejorar el funcionamiento del sistema penal nacional. Sin embargo, la reforma no servirá de nada si las normas no se aplican adecuadamente. Para el tema que nos ocupa, según la data del INEI en el año 2018 el Ministerio Público envió un total de 81 mil 821 denuncias penales al Poder Judicial. Esta cifra incluye aquellos procesos con estado de formalización, acusación, sobreseimiento, terminación anticipada, proceso inmediato, sentencia, conclusión anticipada y principio de oportunidad. Al respecto, se verificó que los casos atendidos por este último instituto (sumados tanto los casos resueltos en etapa preparatoria como en fase intermedia) significó tan solo el 0.8 % del total de denuncias remitidas, es decir 718. Esta realidad contrasta con el auge que ha venido teniendo otro mecanismo de simplificación procesal como lo es el proceso inmediato cuya aplicación durante el mismo periodo ascendió a 17 mil 115 denuncias (20.9 %) ¹²⁶.

La situación no ha sido diferente en años anteriores, por lo que en términos generales podemos concluir que las cifras demuestran que este mecanismo no ha tenido el calado práctico suficiente para servir significativamente de válvula de escape a la sobrecarga de la administración de justicia.

Tabla 1

Denuncias penales ingresadas en las Fiscalías Provinciales Penales, Especializadas y Mixtas enviadas al Poder Judicial, según estado, 2014-2018

PERU: DENUNCIAS PENALES INGRESADAS EN LAS FISCALIAS PROVINCIALES PENALES, ESPECIALIZADAS Y MIXTAS ENVIADAS AL PODER JUDICIAL, SEGÚN ESTADO, 2014 - 2018										
(Ranking)										
Estado	2014		2015		2016		2017		2018	
	Total	%								
Total	76 392	100,0	70 135	100,0	56 746	100,0	64 310	100,0	81 821	100,0
Con acusación	18 444	24,1	19 489	27,8	9 204	16,2	15 328	23,8	24 764	30,3
Formaliza investigación preparatoria	14 087	18,4	14 811	21,1	14 259	25,1	14 793	23,0	17 471	21,4
Con proceso inmediato	324	0,4	1 665	2,4	11 139	19,6	14 018	21,8	17 115	20,9
Con sentencia	4 034	5,3	4 478	6,4	12 479	22,0	13 365	20,8	15 046	18,4
Con sobreseimiento	2 939	3,8	2 788	4,0	3 353	5,9	3 624	5,6	3 938	4,8
Formalización	34 754	45,5	25 241	36,0	4 863	8,6	1 633	2,5	1 755	2,1
Con terminación anticipada	1 217	1,6	958	1,4	753	1,3	744	1,2	703	0,9
Con principio oportunidad (Intermedia)	372	0,5	470	0,7	326	0,6	347	0,5	440	0,5
Con conclusión anticipada	75	0,1	98	0,1	221	0,4	223	0,3	311	0,4
Con principio oportunidad (Preparatoria)	146	0,2	137	0,2	149	0,3	235	0,4	278	0,3

Nota: La información de delitos penales, se basan en los sistemas fiscales SIAFT, el cual tiene un campo llamado "Formalización" y SGF que tiene un campo llamado "Con Sentencia" (Este estado fue cambiado en este sistema en lugar de "Formalización"). El Sistema SGF (Sistema basado en el Nuevo Código) ha ido implementándose poco a poco en los Distritos Fiscales, observándose que a partir de mediados del 2015 a la fecha solo Callao, Lima Norte, Lima Sur, Lima y Lima Este, registran información en el SIAFT (Sistema el cual se basa en el antiguo Código).

Fuente: Ministerio Público - Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF) y Sistema de Gestión Fiscal (SGF).

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

¹²⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, *Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana 2012-2018*, Lima, 2019, p.81.

Teniendo en cuenta el menor ámbito de aplicabilidad que contenía la regulación del principio de oportunidad en el CPP 1991, seguramente factores como la implementación paulatina del CPP 2004 a partir del año 2006 y la entrada en vigencia del art. 2º de este Código (que tuvo que esperar en algunos distritos judiciales hasta el año 2013¹²⁷) explican en parte la subutilización de este mecanismo.

Sin embargo, como bien señala ARMENTA DEU, no resulta un dato menor el hecho que el éxito de una reforma depende mucho de la idiosincrasia del cuerpo social receptor¹²⁸. Bajo esa premisa y a falta de estudios empíricos disponibles sobre la cuestión, cabe especular que la subsistencia de remanentes inquisitivos como la búsqueda de la verdad material y una interpretación exclusivamente retributiva de la pena este llevando en algunos casos a los operadores y usuarios del servicio de justicia a una exageración del interés público en la persecución penal de determinados hechos, en detrimento de un mayor uso del principio de oportunidad.

En esa línea, DUCE explica que existen malas prácticas que impiden una rápida selección de los casos que podrían descartarse con el principio de oportunidad, tales como entender la investigación como un conjunto de pasos burocráticos que deben realizarse a raja tabla “aun cuando de antemano se tiene claro que ello no llevará a ningún resultado productivo”¹²⁹. Por todo lo visto, es posible que parte de la subutilización del principio de oportunidad se deba a un problema cultural ante el cual urge una política pública de mayor promoción de la utilidad de este instituto y los beneficios que brinda a las partes materiales y al sistema penal en su conjunto.

1.5 Criterios de oportunidad: ¿Cuándo decae el interés público en la persecución penal?

La seguridad jurídica que se pretende conservar mediante un sistema de oportunidad reglado se consigue a través de la tipificación taxativa de los supuestos donde será lícita la renuncia a la legalidad procesal. Al dar lectura del art. segundo del CPP se podrá advertir que las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen los instrumentos técnicos de ley¹³⁰ que sirven de brújula para determinar los hechos punibles en los cuales el interés público en la persecución penal desaparece, o aquellos en los que con posterioridad a su comisión, tal interés puede suprimirse en atención a determinadas condiciones.

¹²⁷ En virtud de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30076.

¹²⁸ ARMENTA, T., “Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal”..., p.123.

¹²⁹ DUCE, M., “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”..., Ob. Cit., p.271.

¹³⁰ ALBRECHT, P. citado por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.273.

Bajo este contexto, la ley procesal otorga a la autoridad persecutora 5 criterios de oportunidad que, a razón de su funcionamiento, pueden bifurcarse en dos tipos función discrecional¹³¹. Por un lado, tenemos el archivo simple que posibilita al Ministerio Público renunciar a la persecución sin mayores obligaciones para el investigado beneficiario que el brindar su consentimiento; y por otro lado, encontramos el archivo bajo condición, en virtud del cual, el fiscal condiciona el archivo de la investigación al cumplimiento de determinadas prestaciones por parte del aspirante.

Bajo el segundo supuesto descrito la abstención de la acción penal opera en aquellos hechos punibles en los que culminada su comisión persiste un escaso o moderado nivel de interés público en su persecución, que puede suprimirse mediante el cumplimiento de determinadas prestaciones a cargo del imputado. Estos condicionamientos, según sea el caso, pueden ser: (i) la reparación a la víctima; (ii) el aporte dinerario a una institución estatal o de interés social; (iii) la observancia de las reglas de conducta previstas en el art. 64° CP (del régimen de la reserva del fallo condenatorio); o, como sucede en los delitos contra el medio ambiente, (iv) la suspensión de las actividades ilícitas objeto de persecución, debidamente comunicada al OEFA.

Cabe precisar que en caso las medidas dirigidas a suprimir el interés público consistan en el aporte dinerario o la observancia de reglas de conducta, la ley procesal exige previa aprobación judicial en audiencia de los interesados (art. 2.5° CPP).

1.5.1 El archivo simple: la grave afectación del agente (*poena naturalis*)

Este supuesto se ubica en el literal a) del artículo 2.1° CPP y según explica BOVINO, se presenta en aquellos impactantes hechos donde el propio agente sufre, como resultado de su accionar punible, un perjuicio, como sucede cuando en un accidente de tránsito el conductor imprudente provoca las lesiones de su propio hijo¹³².

La *poena naturalis*, entendida desde antiguo como aquella por la cual “el vicio lleva en sí su propio castigo”¹³³, paso históricamente de no ser tenida en cuenta por el legislador penal a convertirse en un instituto del derecho comparado que se encuadra dentro de las circunstancias que influyen en la fijación de la pena que realiza el juez, actuando en algunos casos como eximente de ella (por ejemplo, el §60 del Código penal alemán) o, funcionando en otros como atenuante¹³⁴. Ahora bien, nuestro legislador incorpora esta figura como un criterio para cesar la

¹³¹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.159.

¹³² BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano”..., Ob. Cit., p.164.

¹³³ KANT, I., *Principios Metafísicos del Derecho*. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 2015, p.144.

¹³⁴ GUZMÁN, J., *Pena natural y conmensuración de la pena*, Ciclo digital de conferencias 2020-2021, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, 2021.

persecución penal en aquellos casos que la pena eventualmente a imponer sea *innecesaria*, y cuando tratándose de un delito doloso, su conminación no supere los cuatro años de pena.

Como bien refiere SILVA SÁNCHEZ, en puridad, no se trata de una pena reconducible al “mundo natural”, pues estamos en presencia de un daño que es imputable objetiva y subjetivamente a la acción del agente, siendo mejor catalogarla como una “autopunición imprudente”¹³⁵. La existencia de este daño físico o moral de carácter grave determina que la eventual imposición de una pena jurídico-penal resulte absolutamente innecesaria¹³⁶ porque ella sería siempre irrelevante al “castigo” ya sufrido¹³⁷; de tal manera que, los fundamentos de la pena ya no exigen aquí la presencia de una sanción adicional¹³⁸.

En ese orden de ideas, podemos concluir que el fundamento del supuesto de “grave afectación del agente”, radica en que pese a estar bajo la sospecha de una conducta típica, antijurídica e hipotéticamente culpable, razones de humanidad hacen que el interés en su persecución penal decaiga, a fin de evitar una eventual doble punición¹³⁹.

Es importante resaltar que, dado el carácter excepcional de esta institución, el perjuicio sufrido por el hechor ha de ser de tal gravedad que pueda equipararse a la eventual pena que solicitaría el fiscal de promoverse la acción penal, pues de lo contrario, como refiere BOBADILLA, se corre el riesgo de afectar los fines preventivo-generales de la pena¹⁴⁰. Del mismo modo, SAN MARTÍN precisa que, se deberá tomar en cuenta exclusivamente los daños derivados del accionar del agente y no los perjuicios derivados de terceros, como, por ejemplo: “una inhabilitación, el divorcio, la disminución de las ventas en el negocio o boicot social”¹⁴¹.

Asimismo, en los casos de infracciones penales en los que cabe imputar un conocimiento elevado de la generación de un riesgo penalmente relevante, ÁVALOS señala que el fiscal deberá descartar que los daños que el delito doloso irroga al presunto autor, no hayan sido incorporados conscientemente como un coste de la acción criminal. En tal caso, por muy perjudicial que sea el daño sufrido, el interés público en la persecución no habrá desaparecido, sino que por el contrario se habrá incrementado, por lo que necesidades preventivo-generales y principalmente de prevención especial demandarán continuar la persecución en la búsqueda de la imposición de una pena¹⁴².

¹³⁵ SILVA, J., “¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?”. *InDret Penal*, N°3, 2014, p.1.

¹³⁶ BOBADILLA, C., “La “pena natural”...”, *Ob. Cit.*, pp.549-550.

¹³⁷ SÁNCHEZ, P., *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edit. IDEMSA, Lima, 2009, pp.115-116.

¹³⁸ JESCHECK, H., citado por SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal...*, *Ob. Cit.*, p.324.

¹³⁹ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, *Ob. Cit.*, p.361.

¹⁴⁰ BOBADILLA, C., “La “pena natural”...”, *Ob. Cit.*, pp.554-555.

¹⁴¹ SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal...*, *Ob. Cit.*, p.324.

¹⁴² JESCHECK, H., y WEINGED, T., citados por ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal de 2004*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2014. p.58.

1.5.2 *El archivo bajo condición: el escaso interés público*

El presente criterio se encuentra en el literal b) del art. 2.1° CPP. Al respecto, podemos decir que sobre la base del parámetro punitivo fijado por el legislador procesal, el CP recoge numerosos delitos no funcionales, cuyo límite penológico se encuentra en su extremo mínimo por debajo o igual a los 2 años de pena, y en los que *prima facie* procedería su solución por medio de este supuesto, como por ejemplo: el infanticidio (art. 110°), el aborto consentido (art. 115°), la bigamia (art. 139°), la coacción (art. 151°), la violación de domicilio (art. 159°), la violación del secreto profesional (art. 165°), la receptación (art. 194°), la usurpación (art. 202°), o, la conducción en estado de ebriedad (art. 274°).

Ahora bien, ALARCÓN explica que cuando el legislador recurre en una disposición normativa a un concepto jurídico indeterminado como el “interés público”, este hace una remisión a los “acuerdos valorativos vigentes en el colectivo social”¹⁴³.

Aunque de plano es indudable que existe un interés social en la investigación de todo hecho que esté amenazado con una sanción jurídico-penal¹⁴⁴ (siempre que se trate de “normas legítimas de Derecho Penal”¹⁴⁵), no es menos cierto el hecho que en la diversa tipología de hechos punibles que demandan la atención del sistema penal, se presentan determinados conflictos jurídico-penales en los que *levemente* se percibe tal interés. En otras palabras, se trata de aquellos casos donde la paz jurídica apenas es afectada “por encima del círculo vital del perjudicado”¹⁴⁶.

Para determinar esta situación, la doctrina refiere que se deberá verificar que no se esté en presencia de hechos que, si no son procesados y eventualmente sancionados, perjudicarían los fines preventivos de la pena¹⁴⁷. SAN MARTÍN explica que atendiendo a la prevención especial el interés público estará justificado cuando exista una prognosis de reiteración delictiva, resultando para ello importante tener en cuenta el prontuario del aspirante. Por su parte, desde el punto de vista de la prevención general el fiscal deberá tener en consideración aspectos como “la necesidad del reforzamiento del sentido de seguridad de la población” o “el interés de la generalidad en la aclaración del fondo criminológico del hecho concreto”¹⁴⁸. De otro lado,

¹⁴³ ALARCÓN, G. “Interés público y despenalización de los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa. Una evaluación de la experiencia peruana”. *Revista Política Criminal* Vol. 15, N° 30, 2020, p.1014.

¹⁴⁴ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.87.

¹⁴⁵ JAKOBS, G. citado por ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.69.

¹⁴⁶ ARMENTA, T., citada por Benítez, L., “Principio de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista Jurídica*, 1999, p.48.

¹⁴⁷ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.361.

¹⁴⁸ PERDOMO, J., citado por SAN MARTÍN, C. *Derecho procesal penal lecciones*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Lima, 2015, p.263.

factores procesales como que el transcurso del tiempo entre el hecho y su descubrimiento, o que el mismo haya sido ya sancionado disciplinariamente, podrán hacer decaer el interés público en su persecución¹⁴⁹.

En ese orden de ideas, podemos concluir que para la procedencia de este supuesto de oportunidad, el fiscal deberá tener en cuenta que pese a cumplirse todos los requisitos, si el hecho punible ha generado alarma social, corresponderá continuar con la persecución penal¹⁵⁰. Por ejemplo, el interés público se aprecia en aquellos casos en los cuales la impunidad puede provocar la proliferación de más delitos o inseguridad ciudadana, con posibles reacciones de autotutela¹⁵¹.

1.5.3 Concurrencia de circunstancias atenuantes

Este supuesto se recoge en el literal c) del artículo 2.1º CPP y al igual que el supuesto anterior, recurre también al concepto jurídico indeterminado del “interés público” como límite a tener en cuenta, de modo que el análisis de este aspecto deberá observar las consideraciones de prevención general, prevención especial y aquellas de carácter procesal que fueron señaladas previamente.

Sentado lo anterior, la particularidad de esta causal reside en que teniendo como límite objetivo un extremo punitivo de hasta cuatro años, la consecuente apertura hacia delitos de mayor significación social conlleva en estos casos una mayor resistencia del interés público, cuya supresión exige considerar adicionalmente aquellos beneficios legales del imputado, que si se llegara a una sentencia condenatoria, permitirían al juez una disminución de la pena a imponer al agente. De este modo, las razones que utilizaría el juez para atenuar la eventual pena a imponer, sirven aquí al fiscal para convencerse de renunciar a la persecución penal.

Dentro de las atenuantes del CP que integran este criterio de oportunidad, tenemos un primer grupo compuesto por el error de prohibición vencible (art.14º), el error de prohibición culturalmente condicionado vencible (art. 15º), la responsabilidad restringida (art. 21º), y la responsabilidad restringida por la edad (art. 22º). ÁVALOS explica que aquí tenemos aquellas circunstancias que ocasionan una reducción de la pena acorde al grado de culpabilidad del sujeto (supuestos de culpabilidad hipotética mínima). Asimismo, podemos identificar un segundo grupo integrado por la tentativa y la complicidad secundaria, que conllevan un menor grado de ilicitud; y, consecuentemente, también una morigeración de la sanción a imponer¹⁵².

¹⁴⁹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.208.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ, P., *Manual de Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.115-116.

¹⁵¹ BENITEZ, L., “Principio de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista Jurídica*, 1999. p.48.

¹⁵² ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.83-84.

Respecto al desistimiento voluntario, en la medida que con esta figura se privilegia con la impunidad a los actos ejecutivos realizados, siempre y cuando estos no constituyan ya otro delito¹⁵³, resulta que en realidad, como bien advierte ÁVALOS, lo que regula el art. 18° CP no es una circunstancia de atenuación, sino una circunstancia de exención de la responsabilidad penal¹⁵⁴, lo que a todas luces impide que este supuesto pueda ser utilizado para un archivo por razones de oportunidad. Por su parte, el art. 46° CP recoge un catálogo de circunstancias que constituyen factores de corte preventivo-especial¹⁵⁵, como lo son la ausencia de antecedentes penales, o el haber actuado por razones altruistas, entre otros.

Ahora bien, como apunta el citado autor, la concurrencia de estas atenuantes no asegura necesariamente que nos encontremos frente a un hecho de poca significancia social, por lo que el fiscal deberá tener siempre presente el criterio complementario de que no exista “ningún interés público gravemente comprometido en su persecución”¹⁵⁶.

Finalmente, señalar que el art. 2.2° CPP exige para los supuestos de “escaso interés público” y “concurrencia de circunstancias atenuantes”, que el presunto autor cumpla con la reparación fijada, de modo que, esta prestación constituye aquí un presupuesto indispensable para el decaimiento del interés público en la persecución. Por otro lado, podemos ver que en estos mismos supuestos, la ley prohíbe su aplicabilidad en los casos que el delito sea realizado por “un funcionario público en el ejercicio de su cargo”.

1.5.4 Acuerdo reparatorio

HERRERA comenta que este instituto ubicado en el inciso sexto del art. 2° CPP encuentra su legitimación, paralelamente, en la concepción de “la reparación como tercera vía del Derecho penal”, en tanto esta colabora a conseguir los fines de la pena; y de otro lado, en la justicia restaurativa que reclama una debida protección a la víctima y “la necesidad de construir un proceso penal orientado a ella, sobre todo en aquellos delitos de escasa incidencia en el interés público”¹⁵⁷.

Ahora bien, esta figura se incorpora en nuestro a nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de potenciar la utilización del principio de oportunidad¹⁵⁸. Probablemente, debido a que tal como se encontraba configurado este mecanismo en el marco del CPP 1991, solo podía

¹⁵³ GARCÍA, P., *Derecho Penal Parte General...*, Ob. Cit., p.744.

¹⁵⁴ ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.84.

¹⁵⁵ SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal*, T. I. Edit. Grijley, 2da ed., 2003, p.327.

¹⁵⁶ ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.85.

¹⁵⁷ HERRERA, M., “La negociación en el proceso penal...”, Ob. Cit., p.234.

¹⁵⁸ ESPINOZA, J., “A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal”..., Ob. Cit., nota 7, p.450.

ser aplicado en casos leves y hechos de poca incidencia práctica¹⁵⁹ (por ejemplo, la grave afectación del agente).

Como expresión del principio de oportunidad, este supuesto se caracteriza por identificar directamente un listado taxativo de 14 delitos dolosos donde, al igual que en otros ordenamientos comparados, la renuncia a su persecución, dentro de los márgenes de la ley, viene justificada por tratarse de delitos de menor gravedad (lesiones leves) o tratarse de ilícitos que afectan bienes jurídicos disponibles de índole patrimonial, “básicamente delitos contra la propiedad sin violencia contra las personas”¹⁶⁰. Además, este supuesto incluye como causal de abstención de la acción penal, el carácter culposo del delito. Con todo ello, se amplía significativamente el espectro de utilización del principio de oportunidad, principalmente debido a que la mayoría de los delitos abarcados bajo este supuesto son de alta incidencia en la realidad nacional.

Con la enunciación directa que hace el art. 2.6° CPP de los delitos susceptibles de ser resueltos por un acuerdo reparatorio, pareciera que, a diferencia del resto de criterios analizados, no hiciera falta un análisis concreto del interés público existente en la persecución, que ya vendría dado por el legislador al haber realizado la selección abstracta de este grupo de delitos¹⁶¹. Sin embargo, dicha labor interpretativa no es del todo excluida para el Fiscal quien deberá descartar aquellos hechos donde se presente “pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito”, a menos que en este último supuesto, el otro delito “sea de menor gravedad o afecte bienes jurídicos disponibles”¹⁶², es decir, cuando se reiteren los fundamentos que distinguen este criterio.

El eje central de la figura del acuerdo reparatorio es el resarcimiento de la víctima que se torna aquí como una medida suficiente para suprimir el interés público, sin que exista la necesidad de imponer al imputado prestaciones adicionales. Con la solución reparadora del conflicto jurídico-penal se persigue la evitación de un daño mayor en la víctima, la denominada “re-victimización institucional” producto de un proceso alargado y costoso¹⁶³.

Para determinar la reparación civil, a diferencia del procedimiento previsto en los supuestos de “escaso interés público” y “conurrencia de atenuantes”, donde el representante del Ministerio Público debe esperar que las partes lleguen a un acuerdo y solo puede intervenir

¹⁵⁹ GÓMEZ, J., citado por BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano”..., Ob. Cit., p.166.

¹⁶⁰ DÍAZ, A., “La experiencia de la mediación penal en Chile”, *Revista Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, 2010, p.7.

¹⁶¹ Posición asumida por ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.109-110.

¹⁶² HERRERA, M., “La negociación en el proceso penal...”, Ob. Cit., nota 31, p.237.

¹⁶³ Casación N° 437-2012 San Martín, p. 9.

en ausencia del perjudicado (art. 2.3° CPP); en la figura del acuerdo reparatorio el fiscal asume un “rol activo” y actúa como una especie de “mediador” que de oficio o a pedido de las partes materiales propone directamente un acuerdo reparatorio que si ambos convienen permitirá la abstención de la acción penal¹⁶⁴.

Sin lugar a dudas, respecto a los criterios de oportunidad tradicionales, se advierte en esta fórmula legislativa una lógica simplificadora en orden a propiciar la renuncia a la persecución penal, tanto en el hecho de nombrar directamente los delitos aplicables, como en el rol activo del fiscal en proponer el acuerdo reparatorio.

1.5.5 Suspensión de actividades delictivas contra al medio ambiente

El quinto y último criterio de oportunidad previsto en nuestra legislación se recoge en el artículo 2.8° del CPP y fue incorporado mediante el Decreto Legislativo N° 1102 que, además de incorporar al CP los delitos de minería ilegal, creó una alternativa adicional de abstención de la acción penal, en aquellos casos en que el agente de los delitos de minería ilegal y conexos previstos en los arts. 307-A°, 307-B°, 307-C°, 307-D°, 307-E° del CP exterioriza actos objetivos e indubitables que demuestran inequívocamente su voluntad de poner fin a sus actividades mineras ilícitas.

En ese supuesto resulta sumamente importante que el Ministerio Público realice las acciones de verificación pertinentes a fin de cerciorarse de que la suspensión de los actos ilegales de minería comunicada al OEFA, reúna las siguientes características: (i) *voluntaria*, es decir que el cese de actividades ilegales “debe partir *motu proprio* del agente y no ser impuesto por factores ajenos a su voluntad”; (ii) *definitiva*, debiendo descartarse “aquellas suspensiones realizadas sin verdadero ánimo de detener actos ilícitos o las efectuadas únicamente para burlar a la autoridad administrativa o al sistema de justicia”; (iii) *indubitable*, puesto que “se requiere que se trate de un acto inequívoca y manifiestamente cierto de cesar las actividades ilícitas en cuestión”¹⁶⁵.

Ahora bien, resalta en este supuesto su catálogo de delitos contemplados, pese la gravedad de las penas imponibles presentes en la mayoría de ellos. Así, el delito de minería ilegal en su tipo base (art. 307-A° CP) y el delito de obstaculización de la fiscalización administrativa (art. 307-D° CP) están sancionados con una pena no menor de cuatro años y una máxima de ocho años. Las formas agravadas del delito de minería ilegal (art. 307-B° CP) conllevan una sanción no menor de ocho ni mayor de diez años, mientras que el delito de

¹⁶⁴ SÁNCHEZ, P., *Manual de Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.120.

¹⁶⁵ Exposición de Motivos del D. Leg. N° 1102.

financiamiento (art. 307-C° CP) recoge una pena mínima de cuatro años y máxima de doce años.

Merecen mención aparte, el delito de tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal (art. 307-E° CP) que contempla una sanción no menor de tres años ni mayor de seis; y, la forma culposa del delito de minería ilegal (art. 307-A° CP *in fine*) previsto con una menor no mayor de tres años. En estos supuestos, la renuncia a la persecución penal *prima facie* estaría justificada.

Por el contrario, en el caso de las diversas circunstancias que agravan el tipo básico del delito de minería ilegal, a menos que su inclusión se viera justificada en una coyuntura excepcional, estimamos que este artículo debería ser excluido del catálogo de este criterio de oportunidad, por tratarse de hechos punibles con un mayor desvalor jurídico-penal reflejado en la pena conminada. Como es sabido, la realización de actividades mineras sin observar los más mínimos estándares de calidad y bajo las circunstancias agravantes de este supuesto, conllevan un mayor reproche por la gravedad y variedad de sus efectos en el medio ambiente y la salud de terceras personas¹⁶⁶.

Bajo esa línea de argumentación, respecto del tipo básico del delito de minería ilegal, consideramos que debería excluirse las actividades que lesionen de forma efectiva el medio ambiente o alguno de sus componentes, mientras que, por el contrario, bien podría justificarse el decaimiento del interés público en actividades que constituyan un delito de peligro y en los que cabría presumir, salvo alguna necesidad de prevención especial, que la pena concreta se ubicaría en el medio inferior del marco punitivo (de cuatro a seis años).

Por su parte, para el tratamiento del delito conexo de financiamiento de la minería ilegal, sería recomendable que el legislador incorpore un parámetro cuantitativo a fin de que el fiscal solo pueda renunciar a la persecución penal en aquellos casos que la pena concreta a imponer, salvo alguna necesidad preventiva especial, se ubicaría en el tercio inferior (de cuatro a siete años). Ello, del mismo modo, a cómo opera en los acuerdos reparatorios la cláusula de “pluralidad importante de víctimas”.

Sentado lo anterior, a fin de propiciar rotundamente el decaimiento del interés público en el procesamiento y eventual sanción de esta clase de ilícitos, sería importante el condicionamiento de la renuncia a la persecución penal, al pago de una reparación e inclusive alguna medida adicional como las ya contempladas del aporte dinerario a una institución o la observancia de determinadas reglas de conducta.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

Admitiendo la reparación como tercera vía del Derecho penal, sin su debida satisfacción se estaría dando la impresión de que la tipificación de estos delitos fue producto de una administrativización del Derecho penal, ya que, al contemplarse únicamente como condición, la comunicación a la autoridad administrativa, resulta que la reparación abdica aquí en favor de la imposición de una multa en el fuero administrativo, lo que no resulta coherente dada la distinta naturaleza y sentido de estas prestaciones.

1.5.6 A modo de conclusión

Conforme explica HERRERA, la intensidad de la función preventiva del Derecho penal puede graduarse según la gravedad del delito. Cuando se trata de un delito grave si este no es sancionado acorde a la importancia del bien jurídico que protege, su virtud comunicativa se ve afectada, de modo que, podemos concluir que la renuncia a la pena que supone el principio de oportunidad solamente podrá legitimarse en aquellos delitos en los que la punición no sea preventivamente necesaria¹⁶⁷.

Dicha circunstancia podrá darse *prima facie* en delitos de bagatela y hasta mediana gravedad, y bajo supuestos en los que, como detalla CAFFERATA, el autor es primario, se aprecia una mínima culpabilidad, el bien jurídico lesionado sea de libre disposición, o cuando la solución reparatoria sea la forma más equitativa de solucionar el conflicto, entre otras circunstancias a tener en cuenta¹⁶⁸.

En ese sentido, si el principio de oportunidad pretende no afectar la igualdad ante la ley penal y, por otro lado, resulta que no le es propio la descriminalización de aquellas conductas cuyo disvalor general quiere conservar, la renuncia a la persecución penal que supone este mecanismo necesariamente debe tener lugar en el marco de una “individualización de la justicia penal”, tomando en cuenta las condiciones personales del investigado, la voluntad de la víctima y los distintos factores que gravitan en torno al hecho punible, es decir, atendiendo a la “gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, personalidad del denunciado y la condena que pudiera imponérsele; los efectos de esta condena sobre el denunciado; y la situación de la víctima”¹⁶⁹. Cuestiones todas ellas que responden en última instancia al concepto jurídico indeterminado del interés público en la persecución.

Bajo esa premisa, podemos decir que nuestra regulación del principio de oportunidad se ha ido perfeccionando en la línea de fijar reglas claras que propicien su aplicación. Así, en un

¹⁶⁷ SCHÜNEMANN, B., citado por HERRERA, M., “La negociación en el proceso penal...”, Ob. Cit., pp.251-252.

¹⁶⁸ CAFFERATA, J., et al., *Manual de Derecho Procesal...*, Ob. Cit., p.84.

¹⁶⁹ Recomendación del Consejo de Europa Nº R (87) 18 del 17 de septiembre de 1987 sobre la simplificación de la Justicia Penal, citada por LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.147-148.

primer momento, para cada supuesto de oportunidad el Estatuto Procesal Penal nacional fijó un criterio objetivo en función a la conminación penal abstracta, impidiendo con ello su aplicación en delitos especialmente graves. En un segundo momento, el legislador introdujo para el supuesto de “conurrencia de atenuantes” y los “acuerdos reparatorios” la remisión a disposiciones específicas del CP, facilitando así que el fiscal pueda recurrir a su utilización más rápidamente.

Ahora bien, dejando a un lado las bondades que ha ido ganando la disposición del art. segundo, estimamos que en el supuesto de la “suspensión de actividades delictivas contra el medio ambiente” existe una amplia permisividad para cesar el procesamiento de hechos punibles especialmente gravosos, lo que conlleva, sin lugar a dudas, un alto riesgo de afectar los fines preventivos de la pena. En razón a ello, urge la inclusión de parámetros legales que permitan al Ministerio Público ponderar adecuadamente la renuncia a la persecución penal en aquellos casos que efectivamente la punición sea innecesaria.





Capítulo 2

El Consentimiento del Investigado como Presupuesto del Principio de Oportunidad

En el capítulo anterior definimos el principio de oportunidad como la alternativa al proceso en cuyo mérito el Fiscal *con el consentimiento del investigado*, puede abstenerse de promover la acción penal o solicitar su sobreseimiento, cuando el interés público en la persecución desaparece, o, bien puede suprimirse en atención a determinadas condiciones.

Sobre este punto, la doctrina nacional mayoritaria defiende que dicho consentimiento implica una aceptación de culpabilidad en el hecho investigado. No obstante, esta posición ha sido objeto de críticas, pues la legislación vigente no es del todo conclusiva al respecto¹⁷⁰.

A fin de dilucidar esta interrogante, en el presente capítulo examinaremos preliminarmente el estatuto de inocencia y el derecho a la no autoincriminación que acompañan al investigado durante toda la tramitación del proceso. Estos aspectos, analizados a la luz del estándar de convicción requerido para la persecución penal, nos permitirán conocer a fondo la justificación del consentimiento, con miras a la delimitación de sus alcances y la descripción de las posturas que han sido trazadas con base en si éste requiere o no la aceptación de los hechos imputados para un correcto ejercicio de esta potestad fiscal.

2.1 La presunción de inocencia

NIEVA define esta garantía como el “principio informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad”¹⁷¹. En ese sentido, la finalidad de la misma es reducir al mínimo el margen de condenas a inocentes¹⁷².

El citado autor detalla que el origen epistémico del estatuto de inocencia radica en la constatación de una tendencia natural que tenemos las personas a suponer como cierta la culpabilidad de todo sospecho de cometer un delito, de modo que con la presencia de esta garantía se busca proteger la imparcialidad del juez¹⁷³. En ese sentido, esta garantía exige del juzgador asumir una posición prudente para no decantarse anticipadamente por la culpabilidad del acusado sin que se realice todo el procedimiento correspondiente¹⁷⁴. En definitiva, podemos decir que el estatuto de inocencia conlleva la prohibición de afirmar anticipadamente que se ha cometido un delito y de tratar como culpable a quien se le procesa por este motivo, hasta que se obtenga la certeza de ello mediante un juicio¹⁷⁵.

¹⁷⁰ ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.47-52.

¹⁷¹ NIEVA, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”. *Revista Indret* N° 1, 2016, p.2.

¹⁷² GONZÁLEZ, D., *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, Universidad de Alicante, 2015, p.1.

¹⁷³ NIEVA, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”..., Ob. Cit., pp.5-17.

¹⁷⁴ STC Exp. N° 3194-2004-HC/TC FJ 9°.

¹⁷⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta, Madrid, 2011, p.549.

En nuestro ordenamiento jurídico el art. 2.24º, literal e) de la Const. sitúa dicha garantía dentro de los derechos fundamentales a la libertad y declara que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Esta disposición crea en favor de los ciudadanos un derecho subjetivo¹⁷⁶ a que se les considere *a priori* “que actúan de acuerdo con los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico”¹⁷⁷.

Llegados a este punto, resulta claro que esta garantía no implica que el procesado sea, en verdad, inocente, sino que se trata, como afirma ORÉ, de “una verdad interina que el legislador concede a priori a todos los justiciables, mientras no se demuestre ni exponga suficientemente y válidamente lo contrario”¹⁷⁸. En consecuencia, la presunción de inocencia opera en favor del procesado desde que se le imputa un delito, adquiriendo la condición de sospechoso hasta el fin del proceso¹⁷⁹.

El art. IIº del TP del CPP nos precisa como debe ser destruida la presunción de inocencia, al señalar que la declaración judicial de responsabilidad penal (mediante sentencia firme debidamente motivada) necesita “una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

A partir de lo visto, podemos concluir que el estatuto de inocencia en favor del procesado se mantiene vigente en el proceso penal hasta que la emisión de una sentencia judicial firme logre desvirtuarla¹⁸⁰. Si en la referida resolución la inocencia es reiterada, entonces “ya no se presumirá, sino que será cierta”, mientras que, si la inocencia resulta desacreditada, se afirmará en su lugar la culpabilidad del acusado¹⁸¹.

Según refiere la doctrina, la presunción de inocencia posee varias dimensiones pues constituye un “derecho fundamental poliédrico, en tanto se manifiesta de distintas maneras, y a través de otros tantos derechos, para lograr su concretización, ya sea a nivel extraprocesal como intraprocesal”¹⁸².

a) Dimensión extraprocesal: La Corte Interamericana de Derechos Humanos citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclara que la garantía de inocencia puede verse afectada no solamente por un juez, sino también por otra autoridad estatal fuera del contexto de un proceso. Por ello, el estatuto de inocencia en su dimensión extraprocesal prohíbe que

¹⁷⁶ JAÉN, M., citado por SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., p.114.

¹⁷⁷ NOGUEIRA, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1. Universidad de Talca, 2005, p.223.

¹⁷⁸ VÁZQUEZ, J., citado por ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.114-115.

¹⁷⁹ STC Exp. N° 4124-2004-HC/TC FJ 20º.

¹⁸⁰ STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC FJ 12º.

¹⁸¹ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.115.

¹⁸² VILLEGAS, E., *La Presunción de inocencia en el Proceso Penal Peruano, Un estado de la cuestión*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2015, p.71.

mientras no se declare judicialmente la culpabilidad, ninguna autoridad pueda “condenar informalmente” a un procesado o emitir juicio ante la sociedad que pueda formar una opinión pública en ese sentido¹⁸³ (art. II.2° CPP). De esta forma, se garantiza también el derecho al honor e imagen del investigado¹⁸⁴.

b) Dimensión procesal: FERNÁNDEZ sostiene que el estatuto de inocencia se expresa en el proceso penal como: (i) criterio informador del proceso penal; (ii) regla de tratamiento del imputado; y, (iii) regla específica en el ámbito de la prueba, fungiendo tanto como parámetro que debe seguir la actividad probatoria para fundamentar una condena, como también de “criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la *quaestio facti*”¹⁸⁵.

2.1.1 Principio informador del proceso penal

SAN MARTÍN afirma que bajo esta manifestación, la presunción de inocencia es el concepto fundamental a partir del cual se determinan “garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal”¹⁸⁶. Asimismo, NOGUEIRA explica que este principio es un referente del derecho penal sustantivo y adjetivo, que ayuda a descartar “toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al imputado de probar su inocencia”¹⁸⁷.

2.1.2 Regla de tratamiento

ORÉ advierte que, si bien la garantía de inocencia tiene virtualidad desde que una persona se le imputa un delito, “sus alcances resultan inversamente proporcionales a la formación del objeto del proceso”¹⁸⁸. Esto se explica porque el derecho a la presunción de inocencia es un derecho relativo, susceptible, por tanto, a limitaciones como ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva¹⁸⁹.

A la luz de lo expuesto, el estatuto de inocencia en su significado garantista de “regla de tratamiento” se dirige a minimizar lo más posible la limitación de la libertad personal¹⁹⁰ que pudiera sufrir el imputado en el transcurso del proceso penal. Estas limitaciones solo podrán atender fines cautelares, nunca represivos, preventivos o de impulso de la investigación¹⁹¹, en

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Serie C N° 119, Sentencia del 24 de noviembre de 2004, párrafos N° 159 y 160.

¹⁸⁴ QUISPE, F., citada por VILLEGAS, E., *La Presunción de inocencia...* Ob. Cit., p.72.

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004, p.209.

¹⁸⁶ VEGAS, J., citado por SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., p.114.

¹⁸⁷ NOGUEIRA, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”..., Ob. Cit., p.226.

¹⁸⁸ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.115-116.

¹⁸⁹ STC Exp. N° 9943-2005-PHC/TC FJ N° 3.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal...* Ob. Cit., p.551.

¹⁹¹ FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia...*, Ob. Cit., p.223.

tanto estos últimos propósitos presuponen la culpabilidad de quien se ve afectado por ellas¹⁹². Además, esta regla determina que “el grado de exigencia cautelar siempre debe ser el menos gravoso y aflictivo”¹⁹³.

En definitiva, si la garantía de inocencia obliga dar el trato de inocente al procesado, toda medida limitativa de derechos adoptada con anterioridad a la sentencia debe permitir una clara diferenciación entre sospechoso y condenado¹⁹⁴. Una manifestación de esta regla se aprecia en el régimen distinto al que se encuentran sometidos los internos sentenciados de los internos procesados (arts. 11º y 11-Bº Código de Ejecución Penal).

2.1.3 Regla probatoria

Para quienes el estatuto de inocencia constituye una verdadera presunción, esta tiene una naturaleza *iuris tantum* lo que significa que esta ficción jurídica puede ser destruida mediante una determinada actividad probatoria¹⁹⁵.

El Tribunal Constitucional español ha identificado un conjunto de requisitos que debe cumplir la actividad probatoria para fundar una sentencia de condena que destruya válidamente la presunción de inocencia. En concreto, enuncia que será necesario¹⁹⁶: (i) *la existencia de actividad probatoria suficiente* para la obtención del convencimiento judicial, es decir, “que se supere un determinado estándar de prueba”; (ii) *la existencia de prueba de cargo*, es decir, “que recaiga sobre la existencia del hecho delictivo y la participación en ella del acusado”; (iii) *actividad probatoria suministrada por la acusación*¹⁹⁷ porque de lo contrario la defensa se vería obligada a “una *probatio diabólica* de los hechos negativos”¹⁹⁸; (iv) *prueba practicada en el juicio oral*, en la medida que aquí se observan las garantías de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción (a excepción de la prueba anticipada (art. 242º CPP) y la prueba preconstituida (art. 383.1º CPP); y, (v) *pruebas obtenidas respetando todas las garantías constitucionales y legales*, debido a que “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (art. VIIIº TP CPP).

¹⁹² ASCENCIO, J., citado por FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia...*, Ob. Cit., p.219.

¹⁹³ STC Exp. N° 613-2000-HC/TC FJ N° 4.

¹⁹⁴ UBERTIS, G., citado por SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal lecciones...*, Ob. Cit., p.116.

¹⁹⁵ STC Exp. N° 9943-2005-PHC/TC FJ N° 3.

¹⁹⁶ GONZÁLEZ, D., *Presunción de inocencia, verdad y objetividad...*, Ob. Cit., nota 3, pp.1-2.

¹⁹⁷ Sobre el particular, FERNÁNDEZ, M., señala que habrá que interpretarse este requisito con el principio de adquisición procesal. Cfr. *Presunción de inocencia...*, Ob. Cit., p.235. A lo anterior, habría que sumar que en nuestro ordenamiento se permite al juez realizar excepcionalmente actividad probatoria de oficio (art. 155.3º CPP).

¹⁹⁸ GIMENO, J., *Manual de derecho procesal penal*. Edit. Colex, 2da. ed., 2010, p.70.

En definitiva, la regla probatoria tiene por finalidad que ninguna persona sea sancionada “si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad de los cargos atribuidos”¹⁹⁹. De este modo, se violenta esta garantía cuando se condena sobre la base de meras sospechas o gracias a pruebas irregularmente obtenidas²⁰⁰.

2.1.4 Regla de juicio

En virtud del sistema de libre valoración razonada que rige nuestro ordenamiento los medios probatorios son valorados por el juzgador, sin que éstos tengan asignado una tarifa legal²⁰¹ (art. 158.1 CPP), lo que en modo alguno supone una actividad valorativa libérrima, sino que se encuentra sometida a fórmulas jurídicas garantistas que persiguen una correcta administración de justicia²⁰².

Bajo ese contexto, al momento de fijar sentencia, con regularidad suelen presentarse al juzgador situaciones de duda irresoluble sobre la responsabilidad penal, donde no es posible decantarse con firmeza por la inocencia o la culpabilidad del acusado²⁰³. La duda en estos casos, explica CAFFERATA, consiste en una “indecisión pendular” del intelecto llevado hacia la hipótesis afirmativa y negativa, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos²⁰⁴.

Frente a este importante problema de determinar cuál debe ser el contenido de la resolución resulta claro que no puede jugar la intuición, porque la valoración de las pruebas y el arribo a una sentencia deben ser racionales²⁰⁵. En ese sentido, teniendo en cuenta que la sentencia deberá contener necesariamente la adopción de una absolución o una condena (art. 394.5° CPP), la disyuntiva acerca de la *quaestio facti* se resuelve gracias a la regla del *in dubio pro reo* que obliga a adoptar en estos casos una absolución (art. II.1° *in fine* TP CPP).

SAN MARTÍN precisa que se puede verificar una vulneración a esta regla si se condena a pesar de la existencia de una “hipótesis alternativa razonable”²⁰⁶. Como explica FERRAJOLI, esta regla refleja la opción política de procurar “la máxima tutela de las libertades individuales

¹⁹⁹ STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC FJ N° 21.

²⁰⁰ NOGUEIRA, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”..., Ob. Cit., p.237.

²⁰¹ STC Exp. N° 1934-2003-HC/TC FJ N° 1.

²⁰² ORTEGA, S. (editor), *Proceso, Prueba y Estándar*. Edit. ARA, Lima, 2009, p.11.

²⁰³ GARCÍA, P., *La prueba por indicios en el proceso penal*. Edit. Reforma, Lima, 2010, p.25.

²⁰⁴ CLARIÁ, J., y SENTÍS, S., citados por CAFFERATA, J., et al., *Manual de Derecho Procesal...*, Ob. Cit., pp.5-6.

²⁰⁵ ANDRÉS, P., citado por BUSTAMANTE, M., “La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano”. *Revista Opinión jurídica* Vol. 9, N° 17, Universidad de Medellín, 2010, pp.71-91.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español N° 1498/2015 citada por SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., p.119.

respecto a las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias” y se garantiza con ella que un inocente no sea castigado, “incluso al precio de la impunidad de algún culpable”²⁰⁷.

En definitiva, podemos concluir con FERNÁNDEZ, que gracias a esta regla no se deja “imprejuzada” la causa y se evita la arbitrariedad judicial garantizando que las consecuencias de la falta de prueba estén previstas legalmente con anterioridad al conflicto²⁰⁸.

Recapitulando tenemos que la función probatoria y la regla de juicio son “dos caras de la misma moneda: la primera nos dice cómo debe ser la prueba para poder tomar una decisión condenatoria y el segundo nos dice qué hacer si no se cumple el requisito de la suficiencia”²⁰⁹, lo que es una clara muestra que la sinergia entre las diversas manifestaciones de la garantía de inocencia viene dada por “la idea última de que no se inflija castigo alguno sobre un ciudadano inocente”²¹⁰.

2.2 El derecho a la no autoincriminación

Según explican REYNA y RUIZ, dentro del derecho a la defensa material se agrupan los derechos que tiene el ciudadano a formular libremente los términos de su defensa, a no declarar, a no autoincriminarse y a determinar el contenido de la declaración²¹¹.

Sobre el particular, nuestra Const. no hace referencia expresa de estos derechos, sin embargo, *contrario sensu* dispone que no tienen valor “las declaraciones obtenidas por la violencia” (literal h) art. 2.24º). Por su parte, nuestro CPP si recoge expresamente los derechos a no declarar y a no autoincriminarse, al establecer que “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo (...)” (art. IX.2º TP CPP).

2.2.1 Vinculación con el derecho a guardar silencio

En virtud del primer derecho antes descrito, el imputado tiene la potestad de callar respecto a parte o todo el pliego de preguntas que se le haga, como también a permanecer silente durante todas las etapas el proceso²¹²; ello con independencia de cumplir su deber de apersonamiento cada vez que sea citado por la autoridad judicial²¹³. Atendiendo a lo señalado, este derecho se ve conculcado cuando se obtiene manifestaciones no voluntarias del declarante, sirviéndose de mecanismos físicos o psicológicos destinados a doblegar su voluntad de no

²⁰⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal...* Ob. Cit., pp.106 y 551.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia...*, Ob. Cit., p.149.

²⁰⁹ GONZÁLEZ, D., *Presunción de inocencia, verdad y objetividad...*, Ob. Cit., p.2.

²¹⁰ VEGAS, J., citado por FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia...*, Ob. Cit., p.210.

²¹¹ REYNA, L. y RUIZ, C., “La libertad de declaración y el derecho a no autoincriminarse. Contenido esencial y problemas prácticas fundamentales”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2013, p.212.

²¹² ASENSIO, J., “El proceso penal con todas las garantías”. *Revista Ius et Veritas* N° 33, 2006, p.244.

²¹³ MONTERO, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”. *“Prueba y proceso penal”, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Edit. Tirant to Blanch, Valencia, 2008, p.51.

responder²¹⁴. Del mismo modo, en el marco de un interrogatorio, las preguntas capciosas o sugestivas se encuentran proscritas por cuanto niegan también la libertad de conciencia y de autodeterminación del imputado²¹⁵.

Además de la prohibición de utilizar los mecanismos antes descritos (literal e) art. 71.2° CPP), una salvaguarda del derecho a permanecer en silencio, se verifica también, en el deber de información sobre la existencia de esta garantía que tienen los Jueces, Fiscales o la Policía, y que deberán trasladar al investigado durante todas las fases del proceso (literal d) art. 71.2° CPP). El conocimiento de este derecho posibilitará que el imputado pueda desarrollar una mejor estrategia de defensa acorde a sus intereses²¹⁶. No obstante, lo cierto es que en la mayoría de casos una persona leiga no podrá ejercer correctamente este derecho si no cuenta con la asistencia técnica de un abogado²¹⁷.

En definitiva, el derecho al silencio implica que nadie más que el imputado tiene dominio sobre su propia declaración²¹⁸, por lo que si este se encuentra autorizado a guardar silencio, resulta obvio que mucho menos se le puede obligar a expresarse de una manera determinada²¹⁹. De este razonamiento salta a la vista la vinculación entre los derechos a guardar a silencio y a la no autoincriminación, garantía esta última, en virtud de la cual, las autoridades estatales están impedidas de obligar al imputado a delatarse o a entregar las pruebas que sirvan para condenarlo²²⁰.

Ahora bien, más allá del ámbito de aplicación reconocido a los mecanismos de protección expuestos, es de tener en cuenta que el derecho a guardar silencio solo será una herramienta idónea para prevenir o evitar una autoincriminación, si del silencio del imputado no se derivan consecuencias probatorias desfavorables²²¹ (art. 87.2° CPP). En ese sentido, mal haría un juez si interpreta el silencio del acusado como una aceptación tácita de culpabilidad²²².

Otra garantía del derecho a no autoincriminarse, se aprecia en la prohibición de hacer cargos o reconvenciones al imputado a fin de instarle a confesar (art. 88.4° CPP). Sobre este

²¹⁴ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.165.

²¹⁵ ASENSIO, J., “El proceso penal con todas las garantías”..., Ob. Cit., p.244.

²¹⁶ REVILLA, J., citado por QUISPE, F., *El derecho a la no autoincriminación y su aplicación en el Perú*, Tesis de grado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002, nota 83.

²¹⁷ ESER, A., y ROBINSON, C., citados por QUISPE, F., *El derecho a la no autoincriminación...*, Ob. Cit., nota 88.

²¹⁸ CUBAS, V., “La titularidad del ejercicio de la acción penal”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2013, p.51.

²¹⁹ MONTERO, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal...”, Ob. Cit., p.51.

²²⁰ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.165.

²²¹ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Edit. Tirant to Blanch, Valencia, 2000, p.123.

²²² STC Exp. N° 003-2005-PI/TC FJ 276°.

punto, es de resaltar que la incoercibilidad del imputado se extiende también a impedir una declaración no voluntaria sobre hechos por los cuales si bien el interrogado viene siendo investigado, lo revelado solo repercutiría en un tercero²²³.

Debe quedar claro que en ejercicio de su libertad de declarar el imputado puede válidamente autoincriminarse si así lo desea, o si ello resulta favorable a sus intereses, pero siempre y cuando esta renuncia a su derecho a no autoinculparse sea una decisión libre de coacciones externas²²⁴.

2.2.2 Vinculación con la presunción de inocencia

A diferencia de un testigo sobre el que recae un deber de veracidad en su colaboración con el Estado (art. 163.1º CPP) y cuya infracción da lugar al delito de falso testimonio (art. 409º CP); en virtud del derecho a la no autoincriminación al imputado también se le garantiza que del uso de la mentira o una coartada no se deriven en su contra consecuencias legales adversas²²⁵; ello, por tener su declaración el carácter de medio de defensa y no de medio de prueba²²⁶. Ahora bien, no debe perderse de vista que todo aquello que declara libremente el imputado se haya sometido a valoración²²⁷, de modo que es posible que a partir de lo dicho por él se deriven elementos de convicción en su contra²²⁸.

Por lo demás, imponerle un deber de veracidad al imputado aún a costa de perjudicarse a sí mismo, sobretodo en sede penal donde las consecuencias jurídicas son las más gravosas para su libertad, supondría ni más ni menos que instrumentalizarlo y negar su propia condición humana²²⁹, por ello, a menos que se recurra a un mecanismo premial de los que se encuentran permitidos en nuestra legislación, el éxito de una pretensión punitiva no puede depender exclusivamente de la colaboración del imputado²³⁰.

Vistas las cosas con atención se podrá advertir que los derechos que tiene el imputado a guardar silencio, a no autoincriminarse y la ausencia de un deber de colaboración en la investigación seguida en su contra²³¹, solo tienen cabida en un proceso penal regido por la

²²³ *Ibíd.*, FJ 274º.

²²⁴ STC Exp. N° 0003-2005-PI/TC FFJJ 277º y 278º.

²²⁵ ASENSIO, J., “El proceso penal con todas las garantías”..., *Ob. Cit.*, p.244.

²²⁶ CAFFERATA, J., et al., *Manual de Derecho Procesal...*, *Ob. Cit.*, p.140.

²²⁷ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, *Ob. Cit.*, p.124.

²²⁸ MONTERO, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal...”, *Ob. Cit.*, nota 33, p.52.

²²⁹ GÖSSEL, K., citado por REYNA, L. y RUIZ, C., “La libertad de declaración y el derecho a no autoincriminarse...”, *Ob. Cit.*, p.216.

²³⁰ Por todo lo que se encuentra en juego para el imputado, KIRSCH, S., niega que en los supuestos premiales pueda existir una verdadera motivación autónoma. Cfr.: “¿Derecho a no autoinculparse?”. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Edit. Comares, Granada, 2000, p.260.

²³¹ CAFFERATA, J., et al., *Manual de Derecho Procesal...*, *Ob. Cit.*, p.140.

presunción de inocencia, donde la carga probatoria recaiga en el acusador²³². Esta vinculación se aprecia, por ejemplo, cuando se condena sobre la sola base del descubrimiento de la falsedad de la coartada del acusado. Aquí una vulneración del derecho a la no autoincriminación se ve traducida en una afectación a la presunción de inocencia en su función de regla probatoria²³³.

2.3 El estándar de convicción exigible en el principio de oportunidad

Durante la investigación criminal, el Ministerio Público tiene un rol protagónico porque dirige la investigación destinada al ejercicio de la acción pública y controla las diligencias que efectúa la Policía Nacional. Dada la presunción de inocencia, el fiscal tiene el deber de la carga probatoria, para lo cual deberá agenciarse de los medios de prueba que sostengan una eventual acusación. Al mismo tiempo, esta autoridad se encuentra obligada a actuar con objetividad recabando también los medios de prueba que reafirmen la inocencia del investigado (arts. IV° TP y 65° CPP).

De entrada resulta importante tener claro que encontramos aquí un primer límite a la renuncia de la persecución penal: el mecanismo de la oportunidad como instrumento formal de selección de casos dentro del propio sistema penal no puede impedir el comienzo del procedimiento²³⁴. Cuando el fiscal tiene la sospecha inicial de un hecho con apariencia delictiva debe iniciar inexorablemente la investigación correspondiente (art. 329° CPP). Es por ello, que el *iter procedimental* de aplicabilidad de todo criterio de oportunidad comienza durante la investigación preliminar, etapa donde el fiscal puede por *motu proprio* —sin intervención judicial— archivar la investigación por razones de oportunidad, evitando la realización del proceso penal lo más temprano posible.

Ahora bien, dado que la certeza sobre lo que se viene investigando solo es posible obtenerla después de la valoración probatoria al final del juicio oral, resulta que acorde con el progreso de la acción penal y en proporción al interés persecutorio estatal, el legislador ha fijado determinados grados de convicción (sospecha)²³⁵ que el fiscal y el juez deberán alcanzar para poder tomar decisiones y/o realizar determinadas actuaciones en el decurso del proceso penal²³⁶.

²³² NIEVA, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”..., Ob. Cit., p.17.

²³³ MIRANDA, M., citado por REYNA, L. y RUIZ, C., “La libertad de declaración y el derecho a no autoincriminarse...”, Ob. Cit., p.229.

²³⁴ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.175.

²³⁵ SPC N° 1-2017/CIJ-433 FJ 23°.

²³⁶ AP N° 1-2019/CIJ-116 FJ 24°.

2.3.1 *La sospecha reveladora, suficiente y fuerte sobre la responsabilidad penal del aspirante*

Bajo la lupa de la institución que nos ocupa, toda vez que durante la indagación preliminar la aplicación de un principio de oportunidad constituye en primer término una alternativa a la formalización de la investigación preparatoria²³⁷, es de concluir que la procedencia de este mecanismo de simplificación procesal presupone como mínimo la concurrencia de todas las condiciones que requiere el juicio de imputación para esta disposición, pues de lo contrario, lo que correspondería en su lugar es el archivo de la investigación (art. 334.1° CPP).

Es decir, para poder plantearse la viabilidad de un criterio de oportunidad resulta indispensable que por lo menos se cuente con el estándar de una *sospecha reveladora*, o la probabilidad de la existencia del delito y la intervención del investigado en éste; se tenga identificado a su autor y partícipes; que no se haya vencido el plazo prescriptorio; y, de ser el caso, que concurren los presupuestos de procedibilidad correspondientes.

Si sucediera que se presenta la posibilidad de formular tipificaciones alternativas (art. 336.2° literal d) CPP), dentro de las cuales alguna o varias de ellas hacen salir al hecho fuera del ámbito de aplicabilidad del principio de oportunidad²³⁸, corresponderá al fiscal, con el avance de las investigaciones, tomar postura por una tipificación definitiva antes de decantarse por el principio de oportunidad²³⁹.

Desde luego, lo anterior no excluye la posibilidad que de plano o conforme vayan avanzando las averiguaciones el fiscal alcance el estándar de convicción de una *sospecha suficiente* para plantear eventualmente una acusación. Es decir, que sobre la base de una imputación más perfilada y en cumplimiento los requisitos previstos en el art. 349° CPP, exista una probabilidad de condena del investigado por encima de la posibilidad de su absolución²⁴⁰. Bajo este estándar de convicción, el archivo por razones de oportunidad se muestra aquí como una alternativa a la acusación²⁴¹, lo que se expresa de manera diáfana en la *oportunidad tardía* donde luego de haber sido notificada la acusación, se permite al fiscal renunciar a esta, a pedido de las partes, durante la audiencia preliminar (literal e) art. 350° CPP).

De otro lado, es posible también que pueda presentársele al fiscal un grado de *sospecha fuerte* (anteriormente denominada sospecha grave), esto es, que a la luz de las fuentes-medios

²³⁷ APE N° 2-2016/CIJ-116 FJ 24°.

²³⁸ ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.46.

²³⁹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., pp.215-216.

²⁴⁰ SPC N° 1-2017/CIJ-433 FFJJ 23° y 24°.

²⁴¹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.175.

de investigación o de prueba (preconstituida o anticipada) exista un *alto grado* de probabilidad que el investigado sea condenado²⁴². Este último baremo además de ser el necesario para la procedencia de una prisión preventiva, se manifiesta por ejemplo, en los supuestos de “evidencia delictiva” o contundencia inicial incriminatoria tales como el delito flagrante, el delito confeso y el delito evidente, que de presentar la nota de simplicidad en los actos de investigación que los sostienen (simplicidad procesal), dan lugar a la obligación para el fiscal de solicitar su tramitación simplificada vía proceso inmediato²⁴³ (art. 446.1° CPP).

Sobre este punto, resulta importante precisar que tratándose de un delito susceptible de archivar por principio de oportunidad, del mismo modo como acontece con la oportunidad tardía que opera luego de haber sido notificada la acusación durante la audiencia preliminar, la ley procesal permite que las partes materiales puedan instar la renuncia a la persecución penal en la audiencia de incoación del proceso inmediato (art. 447.3° CPP), sin perjuicio, por supuesto, de la potestad que tuvo el fiscal de haberlo aplicado anteriormente, en sede preliminar²⁴⁴.

Recapitulando, tenemos que el contexto procesal de aplicabilidad del principio de oportunidad tiene como etapa inicial la investigación preliminar en sede fiscal, resultando el límite máximo para su procedencia en sede judicial la audiencia preliminar (art. 350.1° literal e) CPP), o, en su caso, la audiencia única de incoación de proceso inmediato (art. 447.3° CPP). Cabe precisar que este límite máximo obedece al hecho que una vez consolidada la acusación, la acción penal debe seguir su curso durante la etapa intermedia, sin que exista la posibilidad que el Fiscal o el acusado puedan revertir dicha situación²⁴⁵.

Por su parte, la fijación de las diligencias preliminares como escenario inicial en el que puede tener lugar el archivo por razones de oportunidad vendría justificado en la necesidad de asegurar un mínimo de probabilidad acerca de la presunta responsabilidad penal del investigado y servir de filtro de aquellas circunstancias que impedirían continuar la persecución penal. En consecuencia, es de pura lógica concluir que solamente si se cuenta con elementos de convicción que justifiquen la persecución penal (una investigación formalizada), recién se podrá pensar las posibilidades para prescindir de aquella. Bajo esa línea, no es de recibo lo sostenido en el AP N° 09-2019/CIJ-116 que establece que el principio de oportunidad resulta aplicable a partir de una *sospecha inicial simple*²⁴⁶.

²⁴² SPC N° 1-2017/CIJ-433 FJ 24° y AP N° 1-2019/CIJ-116 FJ 25°.

²⁴³ APE N° 2-2016/CIJ-116 FFJJ 8°, 9° y 16°.

²⁴⁴ *Ibidem* FJ 16°.

²⁴⁵ SCHÜNEMANN, B., “¿Crisis del procedimiento penal?”..., Ob. Cit., p.112.

²⁴⁶ Cfr. APE N° 2-2016/CIJ-116 FJ 17°.

La interpretación defendida se haya acorde con la finalidad intrínseca del principio de oportunidad de evitar el desarrollo del proceso penal lo más temprano posible; de perseguir la descongestión del sistema; de buscar el ahorro de recursos; y, de permitir que la judicatura goce de mayor margen de tiempo para atender delitos graves. Características que en definitiva, permiten predicar que este mecanismo de simplificación procesal constituya una genuina alternativa al proceso.

A partir de lo expuesto, tampoco es de recibo el planteamiento que exige un estándar de convicción con “probabilidad rayana en la certeza”²⁴⁷. Dicha concepción adolece de excluir el baremo de la sospecha reveladora, que como ha quedado demostrado, resulta ser justamente el estándar que el legislador ha fijado para la que debería ser la principal etapa de operatividad del principio de oportunidad: la investigación preliminar.

Exigir durante la indagación preliminar el umbral mínimo de una sospecha suficiente o, incluso, una sospecha fuerte, resultaría una decisión político-criminalmente contraproducente, toda vez que el principio de oportunidad solo sería aplicable bajo los presupuestos materiales del proceso inmediato, con la consecuente merma en sus posibilidades prácticas de aplicación, lo que podría explicar también, dicho sea de paso, la subutilización denunciada anteriormente. Además, es de tener en cuenta que a mayor intensidad de sospecha sobre la culpabilidad crece también el interés estatal por ver sancionado el delito²⁴⁸, por lo que a todas luces resulta más propicio para operatividad de este mecanismo, ponderar la renuncia a la persecución penal desde el estándar de la sospecha reveladora.

2.3.2 Las implicancias de la falta de certeza en la solución del conflicto jurídico-penal

Podría alegarse en contra de esta postura, que exigir un estándar de convicción relativamente bajo conlleva el riesgo de afectar la veracidad y validez de la decisión que pone fin a la investigación²⁴⁹; sin embargo, no debe olvidarse que al optar por la vía del principio de oportunidad, tanto el investigado como la autoridad estatal persecutora, desde sus diferentes intereses posicionales, renuncian por igual al proceso de dilucidación de la verdad que tiene lugar en el juicio oral²⁵⁰.

Sin la posibilidad de arribar a un juicio oral es evidente que no se cuenta con prueba sometida a contradicción e inmediación que posibilite una declaración concluyente sobre la

²⁴⁷ ROXIN, C., citado por SAN MARTÍN, C., “La reforma procesal penal peruana...”, Ob. Cit., p.260.

²⁴⁸ PAEFFAGEN, H., citado por el AP N° 1-2019/CIJ-116 FJ 12°.

²⁴⁹ TARUFFO, M., “Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial”. *Proceso, Prueba y Estándar*. Edit. ARA, Lima, 2009, p.33.

²⁵⁰ BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”..., Ob. Cit., p.220.

responsabilidad del investigado²⁵¹. Qué duda cabe entonces, que un hecho, aun cuando exista la *sospecha reveladora, suficiente o vehemente* de su conformidad a un hecho especial penal, propiamente hablando no *sea* un delito sino a partir de la declaración de certeza judicial que deviene en retrospectiva respecto a los hechos y constitutiva en cuanto a la pena²⁵².

En definitiva, al no existir certeza, el principio de oportunidad no puede afectar la situación jurídica del imputado en el sentido de una condena²⁵³. Acorde con ello, este mecanismo prescinde de una pena y a lo sumo conlleva la adopción de ciertas prestaciones no carcelarias que siempre quedan a libertad del investigado cumplirlas si desea que finalice su persecución.

De este modo, no puede sostenerse que conformarse con un estándar de la sospecha reveladora se esté limitando irrazonablemente la búsqueda de la verdad en perjuicio del indagado. Por el contrario, como ya lo habíamos dicho, el archivo por razones de oportunidad constituye una mejor salida para investigado con probabilidad de condena en su contra, porque esta medida no conlleva los perjuicios del antecedente penal.

Con todo, es de admitir que al no poseer certeza, aunque se cuente con una sospecha vehemente, tratándose de una investigación que no ha agotado su cauce procesal, siempre existirá un margen de riesgo que de haberse avanzado el procedimiento dicha sospecha hubiera podido verse desestimada²⁵⁴. En este caso un archivo sobre la base de una hipótesis fáctica equivocada afectaría, sin lugar a dudas, derechos e intereses²⁵⁵.

Ahora bien, no porque sea posible que el principio de oportunidad pueda ser aplicado vulnerando derechos reconocidos en la Constitución, tal riesgo conlleva que se tenga que desechar este mecanismo procesal²⁵⁶. Por el contrario, para impedir este tipo de situaciones resulta de vital importancia el papel de control que ejerzan los intervinientes en el procedimiento. Por ejemplo, el abogado defensor, quien al analizar jurídicamente los hechos, deberá alegar el archivo simple y aconsejar a su patrocinado no someterse al principio de oportunidad, si desde su óptica no existe responsabilidad penal. A estos efectos, también suma el control de legalidad que hace el Juez de garantías, en los casos que se exige su intervención, verificando la observancia de los requisitos correspondientes, sin que ello implique el

²⁵¹ BAZZANI, D., "Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos". *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 30, N° 89, 2010, p.152.

²⁵² KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Traductor VERNENGO, R., Universidad Autónoma de México, 1979, pp.248-249.

²⁵³ SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal*, T. II. Edit. Grijley, 2da. ed., Lima, 2003, p.790.

²⁵⁴ VOLK, K., citado por AP N° 1-2019/CIJ-116 FJ 24°.

²⁵⁵ GASCÓN, M., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos"..., Ob. Cit., p.20.

²⁵⁶ STC N° 003-2005-PI/TC FJ 285°.

reemplazo del criterio fiscal²⁵⁷.

Por lo expuesto, podemos advertir que del mismo modo a como viene ocurriendo en la justicia penal negociada (la terminación anticipada y la conclusión anticipada de juicio), en el principio de oportunidad la certeza es sustituida por la probabilidad²⁵⁸ como base para la solución del conflicto, pero con la diferencia que aquí resulta suficiente la sola sospecha reveladora de la intervención delictiva del investigado; ello principalmente porque no se llegará al estadio de la determinación de la culpa a efectos de la imposición de una pena; y, en razón a que en la generalidad de casos, mayores grados de convicción solo podrían ser alcanzados si no se renuncia a la promoción de la acción penal²⁵⁹.

Un alto estándar de convicción es irrenunciable cuando lo que está en juego es la libertad de una persona, sin embargo cuando se trata de conseguir una solución celeré al conflicto jurídico-penal mediante la adopción de medidas no carcelarias, la necesidad de alcanzar la máxima veracidad posible puede flexibilizarse²⁶⁰.

En ese orden de ideas, podemos concluir que sin perjuicio de los superiores estándares de convencimiento que pudieran presentarse, la legitimidad constitucional del archivo por motivos de oportunidad exige como presupuesto o *conditio sine qua non*, la sospecha reveladora de la comisión de un delito subsumible en los supuestos previstos del art. 2º CPP y la intervención del aspirante en este.

Disponer un archivo por razones de oportunidad cuando no se cuenta con los elementos de convicción que arrojen probabilidad sobre la responsabilidad penal del investigado, implica una decisión arbitraria, al haberse fundado en suposiciones o livianas sospechas, lo que equivale a una presunción de culpabilidad proscrita por el ordenamiento jurídico²⁶¹.

2.4 La delimitación del consentimiento del investigado

En el apartado anterior convenimos que el estándar mínimo de una sospecha reveladora constituye una condición normativa (derivada del contexto procesal) sin la cual no es posible plantearse acudir al principio de oportunidad. Ahora bien, aunque sobre esta base el Fiscal tenga un hipotético juicio favorable para la procedencia de un criterio de oportunidad, estas condiciones por sí solas no serían suficientes para su materialización, pues si bien la abstención de la acción penal es una potestad conferida al Ministerio Público, esta facultad se encuentra

²⁵⁷ BOVINO, A., citado por SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal lecciones...*, Ob. Cit., p.264.

²⁵⁸ HERRERA, M., “La negociación en el proceso penal...”, Ob. Cit., p.230.

²⁵⁹ BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”..., Ob. Cit., p.222.

²⁶⁰ CARNEVALI, R., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda”. *Revista Ius et Praxis* N° 1, 2019, p.430.

²⁶¹ HERRERA, M., “La naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios”..., Ob. Cit., nota 4, p.239.

limitada por el principio de consenso²⁶², que exige la concurrencia de la consentimiento del investigado, y según sea el caso, también la conformidad del agraviado y del Juez de garantías.

La valoración favorable por parte del Fiscal resulta siempre necesaria, por tratarse del titular de la acción penal y en consecuencia, ser en quien recae la tarea de determinar la viabilidad de su renuncia. De modo contingente se presenta la voluntad del agraviado, cuyo asentimiento se torna indispensable únicamente cuando este asiste a la audiencia del acuerdo, pues ante su ausencia o falta de consenso sobre la reparación que debe cumplir el investigado, la regulación permite que sea el Fiscal o, en su caso, el Juez quien lo determine (arts. 2.3° y 2.7° CP).

Por su parte, la aprobación del Juez de garantías deviene necesaria durante las diligencias preliminares, solo a partir de la solicitud de medidas adicionales a la reparación civil, que el fiscal, por sí mismo, se encuentra impedido de fijar (art. 2.5° CPP). De otro lado, la presencia de dicha autoridad será indispensable en los casos de la *oportunidad tardía* (art. 2.7° CPP), donde la formalización de la denuncia conlleva que el Fiscal pierda la potestad de archivo sin intervención judicial (art. 339.2° CPP).

Ahora bien, en el caso del investigado, su aquiescencia es en todos los casos indispensable para eximirle de la persecución penal que exista en su contra (art. 2.1° CPP). La justificación de ello radica en que el investigado bien podría tener la intención que el proceso continúe para desarrollar su defensa²⁶³. Sucede que al optar por esta alternativa al proceso, el imputado renuncia a todas las garantías concentradas en la investigación, la etapa intermedia, el juzgamiento, y los recursos impugnativos que la ley contempla. Este alto coste garantístico determina que más allá de las ventajas que ofrezca al sistema penal, el principio de oportunidad no sea una vía que pueda imponerse en contra de la voluntad del imputado. En consecuencia, este siempre tendrá la posibilidad de desistir, en tanto aún no se haya expedido la disposición de abstención o el auto de sobreseimiento²⁶⁴.

El consentimiento del aspirante para ser considerado válido, deberá ser expresado libremente, detallando que se realiza con la intención que se le archive la persecución penal en su contra y manifestando, de ser el caso, su disposición a cumplir con las medidas establecidas²⁶⁵. El Reglamento vigente detalla que el Fiscal deberá dejar constancia del acuerdo y sus términos en un acta²⁶⁶ (literal d) art. 10°).

²⁶² AP N° 09-2019/CIJ-116 FJ 17°

²⁶³ ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.49.

²⁶⁴ SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal lecciones...*, Ob. Cit., p.261.

²⁶⁵ ORÉ, A., *Derecho Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.358.

²⁶⁶ Aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1245-2018-MP-FN.

Si bien la Ley y el Reglamento no señalan mayor formalidad, es del caso puntualizar que a estos efectos resulta insoslayable la observancia de las reglas previstas para toda declaración que realiza un imputado, esto es, que se le informe el hecho materia de investigación, los medios de prueba existentes, la tipificación aplicable; y, además, la existencia de sus derechos a guardar silencio y no autoincriminarse (incisos 1 y 2 art. 87° CPP). Los elementos de convicción recabados son, sin lugar a dudas, un factor trascendental en la decisión del investigado para decantarse por el principio de oportunidad.

Del mismo modo, resulta claro que el imputado no podrá ser coaccionado o amenazado para brindar su consentimiento. En ese contexto, ley procesal penal si autoriza que el Fiscal o el Juez, hagan saber al investigado los beneficios que se derivan de un archivo por razones de oportunidad (art. 87.4° CPP), por tratarse dicho mecanismo de la manifestación de una política de colaboración premial permitida por el ordenamiento²⁶⁷.

De otro lado, al igual como se encuentra establecido para otros mecanismos donde opera el principio de consenso, tales como la terminación anticipada, consideramos necesario que las autoridades intervinientes en la celebración del acuerdo, verifiquen que el imputado tenga real conocimiento de las consecuencias de someterse al principio de oportunidad. Para ello resulta relevante que el imputado se vea acompañado de un abogado defensor²⁶⁸.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de oportunidad opera sobre la base de una sospecha y en la mayoría de sus supuestos el archivo se condiciona al cumplimiento de prestaciones que persiguen fines preventivos, la garantía de la presunción de inocencia demanda dilucidar si la observancia de estos fines exige por coherencia axiológico-jurídica, una confesión de culpabilidad por parte del investigado, o, por el contrario, se trataría de un requisito que, a la luz de la regulación vigente y las garantías procesales, no sería exigible.

2.4.1 Tesis del reconocimiento de culpabilidad

Para los defensores de la tesis del reconocimiento de culpabilidad, en aplicación de un criterio de oportunidad el reconocimiento de los hechos por parte del investigado se torna indispensable, pues de lo contrario se violenta su estatuto de inocencia²⁶⁹.

Si convenimos que el principio de oportunidad no pretende la descriminalización de aquellas conductas cuyo juicio de disvalor general interesa conservar, resulta claro que las

²⁶⁷ ANGULO, P., citado por PÉREZ, J., “El derecho a la no autoincriminación”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2013, pp.249 y 254.

²⁶⁸ AP N° 5-2009/CJ-116 FJ 8°.

²⁶⁹ BINDER, A., citado por NARRO, J., *¿Merecida oportunidad? Análisis crítico de la regulación nacional del principio de oportunidad en relación con el delito de minería ilegal*, (Tesis de licenciatura en Derecho), Universidad de Piura, 2017, p.50.

prestaciones que debe cumplir el investigado a cambio de declinar la acción penal, solo podrán suprimir el interés público en la persecución, si se garantiza mediante ellas suficientemente la función preventiva del Derecho penal.

Ante la ausencia concreta de circunstancias de mayor significancia social que tornarían preventivamente necesaria la búsqueda de la imposición de una pena, la regulación del art. 2º CPP permite la comunicación de mensajes preventivos al autor y a la sociedad en su conjunto, cifrados en clave reparatoria, asistencial o conductual. Desde esa óptica, hemos reconocido la importancia preventiva de los impedimentos legales para evitar un abuso de este mecanismo, la admisión de la reparación como “tercera vía del Derecho penal” y la necesidad de complementarla con otras prestaciones (como el aporte a una institución de interés social o el cumplimiento de pautas de conducta), cuando sea que la solución resarcitoria no pueda garantizar por sí sola la efectividad disuasiva del Derecho penal.

Se podrá advertir que la consecución de todos estos fines presupone la culpabilidad de quien realiza las prestaciones, pues de otro modo no tendría sentido que con ellas se persiga prevenir –ya sea con carácter general o especial- la comisión de nuevos delitos²⁷⁰. Esta orientación se expresa con claridad, por ejemplo, en la pauta de conducta consistente en la prohibición de poseer instrumentos que faciliten el actuar delictivo (art. 64.5º CP), o, en la exigencia de suspender las actividades ilícitas objeto de persecución de modo voluntario, definitivo e indubitable (art. 2.8º CPP).

Bajo esa premisa, dado que el principio de oportunidad prescinde necesariamente de actividad probatoria para alcanzar su propósito descongestionador, la única forma de no afectar la presunción de inocencia aquí sería si el indagado acepta los hechos imputados y se toma su confesión como prueba plena de su culpabilidad²⁷¹. Bajo esta lógica, la renuncia al derecho a no autoinculparse se torna ineludible si el aspirante pretende que el proceso en su contra sea archivado²⁷².

Según nuestro ordenamiento procesal, para tener valor probatorio, la confesión debe consistir en un reconocimiento libre de los cargos formulados (incisos 1 y 2 art. 160º CPP), no bastaría, en ese sentido, la sola admisión de la producción de un daño genérico o la deducción de una confesión implícita a partir de su sometimiento a las medidas fijadas²⁷³. De otro lado, ateniendo al sistema de libre valoración, se exige que lo declarado se encuentre suficientemente

²⁷⁰ FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia...*, Ob. Cit., nota 144, p.219.

²⁷¹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.286.

²⁷² KIRSCH, S., “¿Derecho a no autoinculparse?”..., Ob. Cit., p.260.

²⁷³ PÉREZ, J., “El derecho a la no autoincriminación”..., Ob. Cit., pp.251- 255.

respaldado por otro u otros elementos de convicción (literal a) art. 160.2º CPP, dado que la confesión no tiene ya el carácter de *regina probatorum*²⁷⁴.

Ahora bien, en tanto el principio de oportunidad es un mecanismo que se aplica a hechos que no revisten un interés público predominante y su aplicación no conlleva la imposición de una pena, estaría justificado que excepcionalmente para estos casos la confesión del investigado, corroborada mínimamente por otros elementos incriminatorios (los que justifican la sospecha fiscal)²⁷⁵, sustituya la determinación judicial de culpabilidad, para ser directamente el fundamento de la imposición de condiciones.

Esta solución dotaría de coherencia el rescate de los fines preventivos del Derecho penal que se pretende conseguir mediante comportamientos positivos del investigado. Por ejemplo, se ha señalado el efecto preventivo-especial que la reparación produce en el autor, al hacer que este asuma las consecuencias de su hecho y procure una reconciliación con la víctima²⁷⁶. Aunque dicha reconciliación no sea en sí misma una finalidad del Derecho penal, su relevancia en orden a restablecer la paz jurídica no debería ser indiferente²⁷⁷.

En ese sentido, la experiencia obtenida en procesos de transición, donde también se flexibiliza la legalidad procesal, enseña que aunque no se vaya a aplicar una pena, para lograr una reconciliación, es indispensable que los autores reconozcan los delitos cometidos²⁷⁸. Ahora bien, con mayor razón, tratándose de hechos de poca significancia social, como son los que abarca el principio de oportunidad, más sencillo será restaurar la confianza social mediante la reparación satisfactoria de la víctima actual, y a través de “la reafirmación simbólica de la norma vulnerada” que se logra con el reconocimiento de responsabilidad²⁷⁹.

Desde esta perspectiva, habida cuenta que constituiría un presupuesto del principio de oportunidad la renuncia del imputado a su derecho a no autoinculparse, una recomendación de *lege ferenda* sería que la regulación del art. 2º CPP explicita que el consentimiento del indagado implica una confesión propiamente dicha, y además, se le otorgue a esta el carácter legal de prueba plena, de suerte que pueda entenderse que las medidas preventivas están fundadas en

²⁷⁴ GIMENO, J., citado en el APE N° 2-2016/CIJ-116 pp.6-7.

²⁷⁵ DE LA OLIVA, A., “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”. *“Prueba y proceso penal”*, *Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Edit. Tirant to Blanch, Valencia, 2008, p.73.

²⁷⁶ ROXIN, C., citado por GARCÍA, P., *Derecho Penal Parte General...*, Ob. Cit., nota 235, p.110.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ, J., “La reparación como sanción jurídico-penal”... Ob. Cit., nota 1, pp.42-43.

²⁷⁸ CARO, D., “Informe nacional Perú”. *Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España...*, Ob. Cit., pp.389-390.

²⁷⁹ SILVA, J., y RODRÍGUEZ, J., citados por GARCÍA, P., *Derecho Penal Parte General...*, Ob. Cit., notas 236 y 238, p.110.

prueba de cargo²⁸⁰. Asimismo, como recomienda GALAIN, resulta indispensable que una vez satisfechas las prestaciones, se fije en la regulación la necesidad de una homologación judicial con forma de sentencia definitiva, pues solo de esta forma se desplaza la presunción de inocencia y a partir de ello cobra sentido que las prestaciones realizadas por el autor cumplan los fines de la pena a la que se renuncia²⁸¹.

2.4.2 Tesis de la inexigibilidad de la confesión

Como fuera dicho anteriormente, el carácter reglado y excepcional del archivo por razones de oportunidad conlleva que los fiscales deban aplicar estos criterios con estricto apego al enunciado normativo habilitante, siguiendo el procedimiento previsto (requisitos, oportunidad, plazos, descarte de impedimentos, etc.), de modo que no pueden inventar por sí mismos nuevos requisitos.

Bajo ese contexto, tal como defiende ÁVALOS, de una interpretación literal del artículo 2° CPP *ab initio* no se deriva la exigencia que el imputado deba reconocer los hechos investigados, pues la referida disposición solo hace referencia expresa a un consentimiento para la abstención o renuncia a la promoción de la acción penal²⁸². En respaldo de esa línea, el reglamento vigente establece con claridad que para llegar a un acuerdo “basta con el consentimiento del imputado a efecto de acogerse al Principio de Oportunidad” (literal d) art. 10°²⁸³.

Situación distinta se observa en instituciones como la terminación anticipada, donde el procedimiento previsto contempla expresamente la aceptación de los hechos para la procedencia de este instituto. De la lectura del art. 468° CPP salta a la vista que en el contexto de una terminación anticipada, la cuota de consenso que brinda el acusado no se reduce a un “estar de acuerdo” con el trámite de este mecanismo, sino que requiere necesariamente una aceptación de responsabilidad del hecho punible objeto del proceso penal²⁸⁴.

En consecuencia, atendiendo a la distinta configuración legal que recoge el art. 2° CPP y su reglamento vigente, tal como concluye ÁVALOS, el solo consentimiento o aprobación del imputado para la realización de determinadas prestaciones no podría significar una aceptación o confesión tácita de culpabilidad, pues ello implicaría una interpretación extensiva y una aplicación analógica *in malam partem* de la norma procesal (VII.3° TP CPP), que afectaría el

²⁸⁰ En la línea de lo propuesto por DE LA OLIVA. A., para la aceptación de los hechos en la conformidad española. Cfr. “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”..., Ob. Cit., p.71.

²⁸¹ GALAIN, P., “Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal”. *Revista Penal* N° 20, 2007, pp.70-71.

²⁸² ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., pp.47-52.

²⁸³ Aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1245-2018-MP-FN.

²⁸⁴ AP N° 5-2009/CJ-116 FJ 7°.

derecho a la no autoincriminación. De otro lado, exigir una expresa aceptación o confesión como condición para viabilizar un criterio de oportunidad, pese a la inexigibilidad establecida reglamentariamente, supondría el sometimiento a un procedimiento distinto del previamente establecido (art. 139.3º Const.)²⁸⁵.

Ahora bien, más allá de lo fijado en la norma positiva, si resulta innegable que las prestaciones que debe cumplir el aspirante presuponen inequívocamente su culpabilidad por el hecho investigado, cabe preguntarse: ¿cómo podrían cumplirse los fines preventivos del Derecho penal, si la persona que realiza estas prestaciones goza de la presunción de inocencia?²⁸⁶

LAMADRID explica que en Alemania, donde el §153a tampoco exige reconocimiento de los hechos, la doctrina mayoritaria defiende el carácter sancionador de tales prestaciones, llegando a la conclusión el citado autor que el referido dispositivo contiene una “sancionabilidad por sospecha”²⁸⁷. Por su parte, GALAIN sostiene que, sin la inclusión de una homologación judicial con carácter de sentencia definitiva, tiene forzosamente que aceptarse que la reparación que cumple el aspirante, por su carácter voluntario y estar amparada en la presunción de inocencia, tiene la naturaleza de una mera *liberalidad* que se realiza con el único objetivo de “desvincularse del problema penal”²⁸⁸.

2.4.3 Toma de posición

Para encontrar la solución a esta aparente aporía, de plano resulta necesario tener claro que lo que implicaría una *constatación* del acaecimiento de un injusto culpable no presupondría el empleo del principio de oportunidad²⁸⁹ principalmente debido a que un alto grado de convicción solo podría ser alcanzado si no se renuncia a la promoción de la acción penal²⁹⁰.

Advertir esta incompatibilidad radical nos ayuda a aceptar sin mayor dificultad que el principio de oportunidad supone indefectiblemente renunciar a una determinación concluyente sobre la responsabilidad penal del investigado como base para la solución del problema penal.

Como fuera dicho anteriormente, un alto estándar de convicción es irrenunciable cuando lo que está en juego es la libertad de una persona, sin embargo cuando se trata de conseguir una solución célere al conflicto jurídico-penal mediante la adopción de medidas no carcelarias, la

²⁸⁵ ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal...*, Ob. Cit., p.49.

²⁸⁶ GALAIN, P., “Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal”..., Ob. Cit., p.64.

²⁸⁷ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., nota 779, pp.294-296.

²⁸⁸ GALAIN, P., “Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal”..., Ob. Cit., pp.62 y ss.

²⁸⁹ LAMADRID, M., *El principio de oportunidad...*, Ob. Cit., p.196.

²⁹⁰ BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”..., Ob. Cit., p.222.

necesidad de alcanzar la máxima veracidad posible puede flexibilizarse²⁹¹.

Bajo estos postulados, si bien de cara a la legitimidad de la sanción que supondrían las medidas preventivas, la propuesta de exigir una confesión como prueba plena de la culpa sometida a homologación judicial con carácter de sentencia definitiva, garantiza la presencia de prueba de cargo y una declaración judicial de responsabilidad que desvirtúa el estatuto de inocencia, atendiendo a la naturaleza del principio de oportunidad como mecanismo alternativo al proceso, la realización de todo este procedimiento resultaría innecesario y hasta contraproducente.

Si tomamos en cuenta el contexto procesal en el que una confesión formal de culpabilidad tendría lugar, por más esfuerzos que se hagan en maquillar la realidad, esta confesión tendría irremediablemente el carácter de elemento de convicción²⁹² y no el propio de una genuina prueba, de suerte que más allá del rótulo de “prueba plena” homologada judicialmente con carácter de “sentencia definitiva”, *materialmente* hablando, el archivo y el cumplimiento de las medidas preventivas se habrán realizado sobre la base de una sospecha.

Regresar a un sistema de valoración tasado, si quiera dentro de los confines del principio de oportunidad, resultaría un artificio innecesario porque al garantizar únicamente un respeto *formal* de la presunción de inocencia no elimina el riesgo de que existan investigados que terminen sucumbiendo al principio de oportunidad, pese a que de haber continuado con el proceso obtendrían un archivo, o, incluso un pronunciamiento absolutorio (*net widening*²⁹³).

De otro lado, esta solución acarrea la necesaria intervención de la judicatura en el procedimiento, con mayor nivel de actuación y protagonismo, de suerte que más que una verdadera alternativa al proceso, el principio de oportunidad tendría un funcionamiento similar al de un proceso sumario, excluyendo la posibilidad que el Fiscal pueda aplicar *motu proprio* criterios de oportunidad y con severas repercusiones negativas en el propósito descongestionador de la carga procesal.

Así, descartada la necesidad y conveniencia de desvirtuar el estatuto de inocencia a través de calificaciones formales, sirviéndonos de las palabras de DE LA OLIVA SANTOS, estimamos que “no se trata de llevar a cabo una artificiosa transformación de la realidad procesal a fin de eliminar, a toda costa, una grave incoherencia dogmática”²⁹⁴, sino que, por el

²⁹¹ CARNEVALI, R., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal...”, Ob. Cit., p.430.

²⁹² BAZALAR, V., *El proceso inmediato: flagrancia, confesión sincera y prisión preventiva*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2018, p.156.

²⁹³ JESCHECK, H., y WEINGED, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Pacífico, 2014, p.1120.

²⁹⁴ DE LA OLIVA, A., “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”..., Ob. Cit., p.71.

contrario, la legitimidad del archivo bajo condiciones debe ser extraída del propio seno de su funcionamiento como alternativa al proceso.

Siguiendo esa línea, al analizar el *iter procedimental* del principio de oportunidad se podrá observar que en un primer momento su regulación autoriza determinar sobre la base de una sospecha delictiva, el contenido de las prestaciones que para el caso en concreto, tendrán la virtud de desaparecer el interés público en el procesamiento. En algunos casos, como en la reparación, esta determinación la pueden realizar directamente las partes materiales; en otros supuestos, como las reglas de conducta o el pago en favor de una Institución, las mismas son fijadas por el Juez a propuesta del Fiscal; y por último, como sucede con la suspensión de las actividades ilícitas en contra del medio ambiente, su contenido sencillamente ya viene predeterminado por el legislador.

En la determinación de una reparación, entendemos que como mínimo una “no oposición” acerca de los hechos y de la calificación jurídica delimitada por la fiscalía sería absolutamente necesaria, pues de lo contrario, no tendría sentido la posibilidad de negociación que se le brinda al investigado. Piénsese en lo infructuosa que sería una negociación destinada a determinar el contenido de una reparación, si no se cuenta con un consenso mínimo sobre la responsabilidad que le sirve de sustento: tanto en su contenido indemnizatorio como en su aspecto reparatorio integral, la reparación presupone un nexo de causalidad con quien debe cumplirla y necesita tener como referencia obligada al hecho punible.

Del mismo modo, en el caso de las reglas de conducta o el aporte dinerario a favor de una institución, que son prestaciones que pueden acompañar a la reparación en determinados casos, la ley procesal es clara al establecer que las mismas deben fijarse “sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad” (art. 2.5° CPP). Por lo tanto, si el investigado se compromete a cumplir este tipo de medidas, ello presupone igualmente, como mínimo, la ausencia de oposición acerca de la responsabilidad penal que sirve de sustento.

Por su parte, en los casos que la medida fijada consista en la propia suspensión voluntaria, definitiva e indubitable de las actividades ilícitas objeto de persecución, resulta diáfano que un compromiso en tal sentido supondrá indefectiblemente un reconocimiento *explícito* de haber incurrido en su comisión, no bastando la no oposición acerca de la responsabilidad penal.

Como se muestra, dependiendo del tipo de prestación que se trate, será necesaria o no una aceptación de responsabilidad penal por parte del aspirante. Sin embargo, como fuera dicho anteriormente, de cara a la reafirmación simbólica de la norma vulnerada, el cumplimiento del fin preventivo especial y el restablecimiento de la paz jurídica, un reconocimiento de

responsabilidad penal se torna ineludible, de modo que estas poderosas razones abonan la exigencia que la renuncia al derecho a la no autoincriminación se constituya en presupuesto del principio de oportunidad.

Sentado lo anterior, al analizar el funcionamiento del archivo bajo condiciones podemos advertir también que el hecho que este tipo de prestaciones persigan una denotada finalidad preventiva y deban ser realizadas por quien goza de la presunción de inocencia, impide que las mismas puedan ser impuestas por la autoridad con prescindencia de la voluntad del obligado, como sucedería si se tratase de una sanción o una medida cautelar, de suerte que en la realidad de los hechos su realización solo puede llevarse a cabo como una concesión voluntaria de derechos por parte del imputado.

Para estos efectos, el investigado suscribe con la autoridad estatal un compromiso sinalagmático con el inequívoco sentido de un *do ut des*. Por un lado, el aspirante se compromete a cumplir determinadas medidas preventivas que eliminan el interés persecutor y a cambio, la autoridad pública, en virtud del marco legal que le asiste, se compromete a archivar la investigación o sobreseer el proceso penal en curso, una vez verificado su cumplimiento.

Ahora bien, si por los motivos que fueren el aspirante desiste de acogerse al principio de oportunidad, su reconocimiento anticipado de responsabilidad penal pondría en desventaja su posición de defensa en el proceso, lo cual desalentaría la utilización de esta alternativa al proceso²⁹⁵. Por este motivo, resulta importante que en estos casos, al igual que como se encuentra regulado en otros procedimientos donde se prevé como requisito la aceptación de los hechos imputados, la confesión realizada en el marco de una negociación no pueda traerle consecuencias probatorias desfavorables (art. 470° CPP).

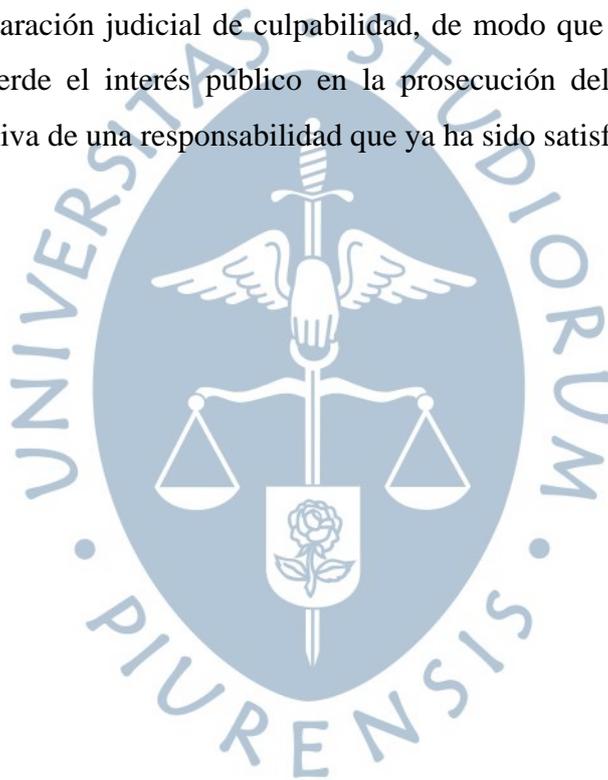
Por el contrario, si el aspirante cumple las prestaciones y no desiste del procedimiento antes que se haya dictado la respectiva disposición fiscal o auto de sobreseimiento, podemos concluir que habrá renunciado a su posición de defensa, a su derecho a ser tratado como inocente, a su derecho a no autoinculparse y demás garantías concentradas en la investigación, la etapa intermedia, el juzgamiento, y los recursos impugnativos que la ley contempla. En definitiva, habrá sacrificado la posibilidad de obtener un pronunciamiento absolutorio, o en todo caso, a un archivo o sobreseimiento simple, pero se verá favorecido con un archivo definitivo que impide reabrir el caso y que al no contener pronunciamiento condenatorio, no conlleva la tacha del antecedente penal. El único registro de su acogimiento, será el que se tenga

²⁹⁵ NARRO, J., *¿Merecida oportunidad?...*, Ob. Cit., p.51.

en cuenta para verificar el número de veces que dicho investigado se somete a este mecanismo de cara a la determinación de un futuro impedimento.

Vistas las cosas de ese modo, la valoración positiva que tiene el legislador de estos comportamientos, en lugar de comportar una sanción informal, significaría la manifestación de un incentivo político-criminal que premia con la exención de la persecución a aquellos investigados con probabilidad de condena que voluntariamente dan solución al conflicto jurídico-penal.

Bajo esta óptica, quien acepta y cumple voluntariamente estas prestaciones que están orientadas a la satisfacción de los fines preventivos del Derecho penal, habrá asumido directamente su responsabilidad penal de cara a la víctima, la sociedad y el Estado sin la necesidad de una declaración judicial de culpabilidad, de modo que con el cumplimiento de dichas medidas se pierde el interés público en la prosecución del procedimiento y en la determinación conclusiva de una responsabilidad que ya ha sido satisfecha.



Conclusiones

Primero. El aporte del principio de oportunidad a los procesos penales modernos estriba en constituir una alternativa que permite la racionalización de la persecución penal y la búsqueda de justicia para el caso en concreto, sin descriminalizar los tipos penales que conviene mantener invariable su juicio de disvalor general.

Segundo. A nivel comparado, donde el Ministerio Público se encuentra adscrito al Poder Ejecutivo, la orientación de los sistemas de principio de oportunidad hacia mayores o menores márgenes de discrecionalidad se ha visto influenciada por interpretaciones contrapuestas de lo que supone el principio de división de poderes. Mientras en el sistema europeo-continental se considera que una amplia discrecionalidad permitiría una perjudicial injerencia del Poder Ejecutivo en la potestad jurisdiccional de determinar la punibilidad de las conductas; en el sistema anglosajón se considera a la persecución penal como un aspecto más de la política de aplicación de las leyes encomendada al Poder Ejecutivo.

Tercero. El principio de oportunidad se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico como contrapeso al principio de legalidad procesal en un contexto jurídico-social marcado por una inadecuada organización del sistema de justicia, su excesiva burocratización y deficitaria institucionalidad; además de conocidos problemas como la exigua inversión en recursos materiales y personales para el servicio judicial y fiscal; la explosión demográfica durante el siglo XX; el aumento de la criminalidad; y, la expansión de normas penales. La confluencia de estos factores conllevaron que la legalidad procesal, iniciada bajo el sistema colonial inquisitivo y continuada durante el sistema mixto, se convierta en el principal fuente de la mora procesal al privar al sistema penal de la flexibilidad necesaria para afrontar con eficiencia estas circunstancias.

Cuarto. El principio de oportunidad vigente en nuestro país se haya configurado como una potestad fiscal de renuncia a la acción penal, de carácter reglada y excepcional, que supone una solución de equidad sellada con eficacia de cosa decidida o cosa juzgada. Asimismo, la regulación de este instituto permite la comunicación de mensajes preventivos al autor y a la sociedad en su conjunto, cifrados en clave reparatoria, asistencial o conductual.

Quinto. La configuración peruana del Ministerio Público como un organismo público autónomo, sometido a un deber de objetividad y de averiguación de la verdad material, posibilita que dicha autoridad, en tanto titular de la acción penal y sujeto representativo de los intereses públicos, pueda renunciar *motu proprio* a la persecución penal durante la investigación preliminar. Esta característica resulta decisiva en aras de evitar el desarrollo del proceso penal lo más temprano posible; de perseguir la descongestión del sistema; de buscar el ahorro de

recursos; y, de permitir que la fiscalía y la judicatura tengan más tiempo para delitos de mayor envergadura.

Sexto. Sin perjuicio de la necesidad de promover un Derecho penal mínimo y aumentar los recursos materiales y personales en el servicio de justicia, el principio de oportunidad tiene mayor amplitud de miras para hacer frente al fenómeno de expansión del Derecho penal, pues constituye una herramienta que podrá extender su ámbito de aplicación en los casos que lo permita el contexto histórico y la Carta Magna.

Séptimo. Las cifras del INEI demuestran una subutilización del principio de oportunidad que impide una contribución significativa a la descarga procesal. Dentro de las causas de este problema sería un ineficiente manejo de la carga fiscal y una exageración del interés persecutor producto de la subsistencia de remanentes inquisitivos como la búsqueda de la verdad material y una interpretación exclusivamente retributiva de la pena.

Octavo. En el supuesto de la “suspensión de actividades delictivas contra el medio ambiente” existe una amplia permisividad para cesar el procesamiento de hechos punibles especialmente graves, lo que conlleva un alto riesgo de afectar los fines preventivos de la pena. En razón a ello, urge la inclusión de parámetros legales que reduzcan su aplicabilidad a aquellos casos en los que la punición sea efectivamente innecesaria.

Noveno. El estándar mínimo de convicción exigible para la renuncia a la persecución penal lo constituye la sospecha reveladora de la comisión de un delito subsumible en los supuestos previstos del art. 2° CPP y la intervención del aspirante en este. La exigencia de mayores estándares de convicción durante las diligencias preliminares afecta innecesariamente la utilización de este mecanismo.

Décimo. La renuncia a los derechos a la no autoincriminación y a ser tratado como inocente son presupuestos esenciales para un archivo bajo condiciones porque solo de esa forma se puede conseguir la reafirmación simbólica de la norma vulnerada, el cumplimiento del fin preventivo especial y el restablecimiento de la paz jurídica. Por dichos motivos, la regulación del artículo segundo debe explicitar que el consentimiento del indagado implica un reconocimiento de los hechos investigados.

Decimoprimer. Las prestaciones que permiten la renuncia a la acción penal son la manifestación de un incentivo político-criminal que premia con la exención de la persecución a aquellos investigados con probabilidad de condena que voluntariamente dan solución al conflicto jurídico-penal sin la necesidad de una declaración judicial de culpabilidad.

Lista de abreviaturas

§ / §§	Parágrafo(s)
AP / APE	Acuerdo Plenario/Acuerdo Plenario Extraordinario
Art. / arts.	Artículo(s)
Cfr.	Confróntese
Const.	Constitución Política del Perú
CP.	Código Penal
CPP 1991.	Código Procesal Penal de 1991
CPP.	Código Procesal Penal de 2004
D. Leg.	Decreto Legislativo
ed.	edición
Edit.	Editorial
et. al.	Et alii; y otros
Exp.	Expediente
FJ / FFJJ	Fundamento(s) jurídico(s)
Ibídem	En el mismo lugar
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
p. / pp.	Página(s)
RStPO	ReichStrafprozessordnung
s. / ss.	Siguiente(s)
SPC	Sentencia Plenaria Casatoria
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza procesal-penal alemana)
T.	Tomo
Vol.	Volumen



Lista de referencias

- ALARCÓN, G. “Interés público y despenalización de los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa. Una evaluación de la experiencia peruana”. *Revista Política Criminal* Vol. 15, N° 30, 2020,
- ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 91, 2011.
- ANGULO, P., “La imparcialidad del fiscal”. En: *Anuario de Derecho Penal: “Ministerio Público y proceso penal”*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2012.
- ANITUA, G., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 1, N° 1, Porto Alegre, 2015.
- AMBOS, K., “El marco jurídico de la justicia de transición”. *Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.
- *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal penal*. Palestra, 2010.
 - “El régimen del «testigo de la corona» en Alemania”, *Revista General de Derecho Procesal*. N° 51, 2020.
- ARMENTA, T., “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 48, N° 2, 1995.
- “El fiscal instructor, ¿es necesario?”, *Cuadernos de derecho público* N° 16, 2002.
 - “El principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria”. En: *Principios y garantías procesales “Liber Amicorum” en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*. Edit. Bosch. 2013.
 - “Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 1, N° 1, Porto Alegre, 2015.
 - *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*; Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.
 - “Justicia restaurativa y principio de oportunidad ¿mediación en el proceso penal?”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* N° 45, Bogotá, 2017.
- ASENCIO, J., “El proceso penal con todas las garantías”. *Revista Ius et Veritas* N° 33, 2006.
- ÁVALOS, C., *Mecanismos de Simplificación procesal en el Código Procesal Penal de 2004*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2014.

- BAZALAR, V., *El proceso inmediato: flagrancia, confesión sincera y prisión preventiva*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2018.
- BAZZANI, D., “Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos”. *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 30, N° 89, 2010.
- BENITEZ, L., “Principio de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista Jurídica*, 1999.
- BINDER, A., “Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina”, Ponencia presentada en el *II Encuentro Interamericano: Red del Programa de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal*, Colombia, 2008.
- BOBADILLA, C., “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”. *Revista Política Criminal* Vol. 11, N° 22, 2016.
- BOVINO, A., “El principio de oportunidad en el Código Procesal Peruano”. *Revista Ius et Veritas* N° 12, 1996.
- “Juicio y verdad en el procedimiento penal”. En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. MAIER*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”. En: *El proceso penal acusatorio*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- BUSTAMANTE, M., “La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano”. *Revista Opinión jurídica* Vol. 9, N° 17, Universidad de Medellín, 2010.
- CAFFERATA, J., *La prueba en el proceso penal*. Edit. Depalma, 3ra. ed., Buenos Aires, 1998.
- Manual de Derecho Procesal: cátedras "A", "B" y "C"*. 2da ed., Córdoba, 2004.
- CARO, D., “Informe nacional Perú”. *Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.
- CARNEVALI, R., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda”. *Revista Ius et Praxis* N° 1, 2019.
- CARVAJAL, Z., “Reformas procesales penales en Francia”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. N° 15, Universidad San Sebastián (Chile), 2010.
- COBOS, M., “El Código Penal alemán (Das deutsches Strafgesetzbuch), Eunomía”. *Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 14, 2018.

- CUBAS, V., “La titularidad del ejercicio de la acción penal”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2013.
- DAMASKA, M., “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”. En: *Reforma a la Justicia penal en las Américas, The Due Process of Law Foundation*, Washington, 1999.
- DE LA OLIVA, A., “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”. “*Prueba y proceso penal*”, *Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Edit. Tirant to Blanch, Valencia, 2008.
- DÍAZ, A., “La experiencia de la mediación penal en Chile”, *Revista Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, 2010.
- DUCE, M., “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”, *Revista chilena de Derecho* Vol. 29, N° 2, 2002.
- ESPINOZA, J., “A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal”, *Anuario de Derecho Penal: “La reforma del proceso penal peruano”*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2004.
- FERNÁNDEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2004.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta, Madrid, 2011.
- GALAIN, P., “Suspensión del proceso y tercera vía: avances y retrocesos del sistema penal”. *Revista Penal* N° 20, 2007.
- GARCÍA, P., *La prueba por indicios en el proceso penal*. Edit. Reforma, Lima, 2010.
-Derecho Penal Parte General, Jurista Editores, 2da. ed., Lima, 2012.
- GASCÓN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Proceso, Prueba y Estándar*. Edit. ARA, Lima, 2009.
- GIMENO, J., *Manual de derecho procesal penal*. Edit. Colex, 2da. ed., 2010.
- GONZÁLEZ, D., *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, Universidad de Alicante, 2015.
- GUZMÁN, J., *Pena natural y commensuración de la pena*, Ciclo digital de conferencias 2020-2021, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, 2021.
- HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Revista Jueces para la democracia*. N° 4, 1988.
- HERRERA, M., “La naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios y el rol del fiscal”, *Gaceta Penal* N° 71, Lima, 2015.

- “La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano”. *Revista Política Criminal* Vol. 11, N° 21, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, *Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana 2012-2018*, Lima, 2019.
- JESCHECK, H. y WEINGED, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Pacífico, 2014.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Traductor VERNENGO, R., Universidad Autónoma de México, 1979.
- KIRSCH, S. “¿Derecho a no autoinculparse?”. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Edit. Comares, Granada, 2000.
- LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano, Difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007.
- LAMADRID, M., *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. (Tesis doctoral). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2015.
- LAMARCA, C., “El principio de legalidad penal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N°1, 2012.
- MERLE, R. y VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tomo II. Edit. Cujas, 4ta. ed., Paris, 1989.
- MOLINA, R. “La McDonaldización del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva)”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 38, N° 109, Medellín, 2008.
- MONTERO, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”. “*Prueba y proceso penal*”, *Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Edit. Tirant to Blanch, Valencia, 2008.
- NARRO, J., *¿Merecida oportunidad? Análisis crítico de la regulación nacional del principio de oportunidad en relación con el delito de minería ilegal*, (Tesis de licenciatura en Derecho), Universidad de Piura, 2017.
- NIEVA, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”. *Revista Indret* N° 1, 2016.
- NOGUEIRA, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1. Universidad de Talca, 2005.
- ORÉ, A., “Código procesal penal de 1991”, *Revista Derecho & Sociedad*, (8-9), Lima, 1994.
- Derecho Procesal Penal. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, Tomo I. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 1era ed., Lima, 2016.

- PÉREZ, J., “El derecho a la no autoincriminación”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2013.
- QUISPE, F., *El derecho a la no autoincriminación y su aplicación en el Perú*, Tesis de grado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.
- REYNA, L. y RUIZ, C., “La libertad de declaración y el derecho a no autoincriminarse. Contenido esencial y problemas prácticos fundamentales”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2013.
- RODRÍGUEZ, J., “La reparación como sanción jurídico-penal”. *Ius et Veritas* N° 9, 1998.
- ROXIN, C., “Introducción a la ley procesal penal alemana”. *Nuevo Foro Penal* N° 14, 1982.
- *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Edit. Tirant to Blanch, Valencia, 2000.
- SALAZAR, R., *El Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios: Mecanismos de Simplificación Procesal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Alerta Informativa, Lima.
- SÁNCHEZ, P., *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edit. IDEMSA, Lima, 2009.
- SCHÜNEMANN, B., “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Revista de Derecho Penal*. N° 11, Montevideo, 2000.
- SILVA, J., *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Edit. Civitas, 2da ed., Madrid, 2001.
- “¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?”. *InDret Penal*, N° 3, 2014.
- SAN MARTÍN, C., *Derecho procesal penal*, Tomo I. Edit. Grijley, 2da ed., 2003.
- *Derecho procesal penal*, Tomo II. Edit. Grijley, 2da ed., 2003.
- “La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas”, *Anuario de Derecho Penal: “La reforma del proceso penal peruano”*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2004.
- *Derecho procesal penal lecciones*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2015.
- TARUFFO, M., “Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial”. *Proceso, Prueba y Estándar*. Edit. ARA, Lima, 2009.
- VILLEGAS, E., *La Presunción de inocencia en el Proceso Penal Peruano, Un estado de la cuestión*. Edit. Gaceta Jurídica S.A., 2015.
- WELZEL, H., *Derecho Penal Parte General*. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956.
- ZARSOSA, C., “La simplificación del procedimiento penal y el principio de oportunidad de la acción penal”. *Revista Lex* Vol. 7, N° 6, 2009.