

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD VERSUS PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA AL RESPECTO DEL ACUERDO REPARATORIO

Por: José Carlos Mallma Soto¹

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye un conjunto de críticas a la aplicación del denominado principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico procesal peruano, por considerar que los criterios para la utilización de dicho principio, vulneran la garantía constitucional de todo imputado a que se le presuma inocente, así el eje temático del artículo es la contraposición del principio de oportunidad a la presunción de inocencia, al respecto del acuerdo reparatorio.

Dado que la reflexión sobre el tema, aborda múltiples acápites, hemos sintetizado dichas ideas, en aspectos concretos que permitan un conocimiento cabal de la tesis que aquí se propone, así el artículo está estructurado en tres capítulos a partir del cual se busca esgrimir una posición específica que sustenten las conclusiones y propuestas al que arriba el presente trabajo al final de su exposición, en ese sentido el primer capítulo está referido a los nociones generales y teóricas, que puntualizan situaciones jurídicas por las cuales se fija el tenor, materia de consideración en el segundo capítulo, de donde se desprende determinadas hipótesis que se van a ser corroborados en el desarrollo de la monografía, por último el tercer capítulo comprende las conclusiones, propuestas y medidas promover, a la cual hemos denominado consecuencias jurídicas, puesto que surgen en razón de los alcances brindados por el presente artículo.

De esta manera ponemos a disposición de toda la comunidad jurídica, la presente elaboración teórica, doctrinaria, que busca una mirada reflexiva sobre el enfoque legislativo en esta materia, que permita una aplicación adecuada de la misma, a efectos de ser utilizada como mecanismo eficiente de la política criminal y la justicia penal.

OBJETIVOS:

- a) Orientar una mejor regulación legislativa del principio de discrecionalidad
- b) Promover una reforma a nivel de la aplicación de dicho criterio
- c) Proponer mecanismos adecuados para la aplicación del principio

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de CINDE

- d) Concordar las disposiciones que norman el principio de oportunidad con las garantías constitucionales
- e) Fomentar el respeto de la jerarquía normativa de todo estado constitucional de derecho
- f) Velar por los derechos fundamentales de toda persona y su ejercicio pleno

HIPOTESIS:

- ❖ El acuerdo reparatorio como mecanismo de aplicación del principio de oportunidad vulnera el principio de presunción de la inocencia
- ❖ La inaplicabilidad del principio de oportunidad en despacho fiscal, dado que se requiere intervención judicial y actos propios de la función jurisdiccional.
- ❖ La Disposición de Abstención de la acción penal constituye cosa juzgada o cosa decidida

CAPITULO I NOCIONES GENERALES

1.1. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de presunción de inocencia que consagra la Constitución Política del Perú y el Nuevo Código Procesal Penal, es un derecho subjetivo público individual² de todo persona.

Este principio de amplio reconocimiento tanto en el derecho internacional como nacional, Consagra la presunción legal (**juris tantum**) de todo imputado de ser considerado inocente hasta que se pruebe su responsabilidad en un debido proceso, mediante sentencia firme debidamente motivada. Ello significa que el procesado no tiene por que demostrar su inocencia, dado que la carga de la prueba recae en nuestro ordenamiento sobre el Ministerio Público, quien es el que debe promover toda la actividad probatoria de cargo, sin embargo el imputado goza de pleno derecho de defensa, de carácter irrenunciable³, y en merito a este derecho tiene la facultad de demostrar sus inocencia.

² ALMAGRO NOSSETE citado por César San Martín Castro; “Derecho Procesal Penal”, Ed. Grijley, Vol. I, Lima 2001, Pág. 67.

³ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal Penal, Ed. Alternativas, Lima, 1993, Pág. 18

En este sentido *JULIO MAIER*, precisa; “Este principio, no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento condenándolo⁴.

En este sentido la Constitución Política de 1993, la reconoce como una de las garantías fundamentales del ciudadano frente *jus puniendi* del Estado, ello en razón a su consagración en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica (art. 8.2), por lo cual se le reconoce su rango constitucional y supremacía normativa.

1.2. NATURALEZA JURIDICA

Como una garantía fundamental de la Constitución y la ley procesal a favor del ciudadano frente al poder estatal, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional, obedece a un interés social, de protección de la libertad y seguridad de la persona humana en concordancia a un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual consagra a la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado, y es aquel donde las poder público está limitado por los derechos individuales⁵.

En este sentido, *JAMES GOLDSCHMIDT* decía que el proceso penal es el termómetro de la constitución; *CLAUS ROXIN* que el proceso penal es el sismógrafo de la Constitución⁶

VÉLEZ MARICONDE, decía; la esencia, el sentido y la estructura del proceso son reflejos del sistema de gobierno adoptado, y termómetro de los elementos autoritarios o democráticos de la constitución.

Así las garantías como la presunción de inocencia constituyen uno de los pilares y sustentó del Estado Democrático, más aún si entendemos que el proceso penal es el termómetro de la administración de violencia punitiva estatal y por consiguiente del sistema de gobierno⁷, y son aquellos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico y principalmente de la norma constitucional indicadores del rumbo de la sociedad y el Estado, porque los derechos y libertades son la realización social de los intereses colectivos por el cual la dignidad de la persona humana se constituye en un valor supremo, por medio del cual se limita el poder punitivo del Estado y se garantiza la paz social en derecho, en este sentido la naturaleza jurídica del principio de presunción de

⁴ MAIER, Julio... “Derecho Procesal Penal Argentino”, T.1a Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires 1989, Pág. 492

⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Proceso Penal; Palestra Editores, 5ta Edición, Lima 2003, Pág. 27- 28

⁶ MAIER, Julio... “Derecho Procesal Penal Argentino”, T.1a Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires 1989, Pág. 194

⁷ GOMEZ COLOMER, Juan Luis, El proceso penal en el Estado de Derecho, Palestra Editores, Lima 1999, Pág. 17

inocencia es de orden social por que a través de él se salvaguarda el valor social y el derecho inherente del hombre a la libertad.

1.3. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Ha decir de *ARSENIO ORÉ GUARDIA*, el principio de presunción de inocencia rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito. Es entonces que para delimitar los alcances de este principio, es necesario definir que se entiende en la doctrina por imputabilidad; “*Es la capacidad o aptitud penal de un individuo para serle atribuida la acción u omisión de un hecho que constituye delito o falta*”⁸,

Para *CARNELUTTI* viene a ser; la atribución a una persona de un hecho determinado que constituye delito⁹

Según *RICARDO LEVENE*¹⁰; el imputado es el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal sobre él recae la imputación, pero a quien a su vez se le reconoce el poder de resistirlo. Es entonces que a partir de estas definiciones surge la cuestión de indagar desde cuando una persona es considerada imputado. *CARLOS RUBIANES* expresa; Que para que una persona sea considerada imputado en sentido amplio, no es necesario que se produzca su detención, basta que se dé algún acto de procedimiento. Por ejemplo cuando se da curso a una denuncia, a una querrela o una investigación policial preventiva, ese acto de procedimiento comprende el sólo hecho de que en una investigación aparezca cualquier referencia de una persona de quien se afirma que ha cometido delito, como lo puede ser un atestado policial. Bajo esta premisa el imputado comprende, desde el acto inicial de procedimiento, hasta la resolución firme, en ese orden de ideas el nuevo Código Procesal Penal adopta la denominación de imputado, estableciendo de que todo sujeto tiene dicha condición desde el inicio de la investigación de un hecho punible hasta la culminación del proceso (art. 71°)

Es entonces que bajo este análisis podemos aventuramos a establecer que la presunción de inocencia es un principio tanto *extra procesal* como *intra procesal*, puesto que su vigencia se halla anterior al proceso penal, ello significa que toda persona es presumiblemente inocente desde la noticia del crimen (*notitia criminis*), y su correspondiente individualización en calidad de sospechoso.

1.4. EFECTOS DEL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

⁸ CABANELLAS TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2002, Pág. 197

⁹ CARNELUTTI, Francisco Citado por Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Pág. 256

¹⁰ LEVENE, Ricardo; Derecho Procesal Penal, Pág. 150

Los efectos del principio de presunción de inocencia son:

- a) Asegurar al imputado los beneficios de su presunta inocencia, garantizándose su libertad y evitando la detención injustificada del procesado.
- b) El prerrogativa de que su inocencia se presuma y su culpabilidad se pruebe, por lo cual el no tiene la obligación de demostrar su inocencia, sino por el contrario corresponde a los autores de la imputación (Ministerio Público) probar la verdad de los cargos.
- c) El derecho de imputado de ser tratado conforme su condición de inocencia, mientras no se declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, ello implica la obligación del Estado de garantizar al imputado de que ningún funcionario o autoridad pública puede presentarlo como culpable o brindar información en tal sentido.
- d) En virtud del principio de la presunción de inocencia, serán nulas todas aquellas normas que pretendan establecer responsabilidad penal sobre presunciones, prohibiendo también toda sanción anticipada a la pena¹¹.

1.5. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD O CRITERIO DE DISCRECIONALIDAD

El denominado criterio de discrecionalidad constituye una facultad que tiene determinado ente para optar por el uso de medios extra punitivos para la solución de los ilícitos penales de manera eficaz y rápida, cuya medida se sustenta sobre determinados presupuestos que la naturaleza del hecho punible debe cumplir para su sometimiento a dicho principio, como; la falta de necesidad de pena (*poena naturalis*) y falta de merecimiento de pena (escaso grado de injusto o mínima culpabilidad).

La justificación del principio de oportunidad se halla en los linderos de la política criminal, por el cual se trata de descongestionar la justicia penal de procesos de baja criminalidad, para avocar la persecución punitiva a los delitos que quebrantan gravemente el orden público y en consecuencia perturban la convivencia social.

Nuestro ordenamiento jurídico comprende el principio de oportunidad como la facultad que tiene el ministerio público por su titularidad, para pronunciarse sobre la viabilidad de la acción penal, en razón a determinados previsiones legales de discrecionalidad, incorporados por el legislador para delimitar la aplicación del principio y evitar un uso que desnaturalice su finalidad, es lo que en la doctrina se denomina principio de oportunidad reglada, el cual acoge el Código Procesal Penal de 1991 y el nuevo Código

¹¹ PEÑA CABRERA, Raúl; Tratado de Derecho Penal, Parte general, Ed. Grijley, 5ta Edición, Lima 1994, Pág. 131

Procesal Penal, sin embargo la ratio legis, establece la aplicación de dicho principio en sede fiscal y en ámbito jurisdiccional, en el cual tiene el dominio de la situación la autoridad fiscal, incluso más que el propio imputado, de quien se requiere su consentimiento expreso, que es materia de cuestionamiento en el desarrollo del presente trabajo. Pero bueno como todo principio requiere de mecanismos por el cual pueda materializarse, en el caso peruano, se ha venido a incorporar el acuerdo reparatorio, a la usanza de una audiencia de conciliación, pero con ciertos matices peculiares que son muy discutibles.

En resumen el principio de oportunidad aplicado en nuestro país, viene a ser, la excepción al principio de legalidad por el cual Ministerio Público con expreso consentimiento de las partes, puede abstenerse de ejercer la acción penal y promover el archivamiento del proceso en los casos en que la ley señala y en razón a un interés público.

1.6. NATURALEZA JURIDICA

Cuando hablamos de principio de oportunidad, nos referimos principalmente a medidas que propendan a solucionar la crisis del enjuiciamiento penal, a partir de mecanismos que permitan la celeridad procesal y descongestión de las causas penales de baja criminalidad, por medios que reflejen el respeto a las granitas constitucionales que orientan el proceso penal; en ese sentido *GIMENO SENDRA*, señala; que el fundamento del principio de discrecionalidad podría encontrarse en la escasa entidad de daño social producida por la comisión de delito o en la personalidad del imputado. Sin embargo para *PABLO SÁNCHEZ VELARDE*, su fundamento es de carácter “*política criminal*”, obedeciendo a una necesidad de solucionar problemas de saturación de los procesos penales. En efecto las razones que motivan esta innovación legislativa son en orden al “interés público”, para evitar la persecución de determinados ilícitos penales de pequeña criminalidad en función a la crisis de la justicia penal, caracterizada actualmente por congestión procesal y penitenciaria, sin que ello signifique un grado de impunidad, ya que se justifican la medida, mediante presupuestos de discrecionalidad legal, por el cual los casos aplicables al principio, obedecen a que el hecho no implica un perturbación grave del orden público y cuestiones personales del agente.

En resumen por medio de la discrecionalidad penal se busca un fin de político de disminución de procesos penales por medio de soluciones extrapunitivas, lo cual se justifica en la aplicación a hechos punibles que por su naturaleza representan una

medida legítima, siendo en consecuencia la naturaleza jurídica del principio de oportunidad de interés público, ya que se ampara en un propósito de política criminal. Sin embargo los medios utilizados también requieren de ser legítimos, ello implica el respeto a los derechos fundamentales y la constitución.

1.7. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad peruano, adquiere vigencia en la dilucidación de la necesidad social de formalización de la denuncia penal por parte del Ministerio Público, por lo cual la autoridad fiscal además de verificar los tres presupuestos para ejercitar la acción penal a) Indicios suficientes de que el hecho constituye delito b) Haber individualizado al presunto autor c) No haya prescrito la acción penal, debe observar los criterios de discrecionalidad que la ley establece, para abstenerse de la acción penal, que obedece al insignificante grado de injusto que trasunta el hecho delictivo y la falta de perturbación del orden público para una reacción punitiva.

La regulación del Código Procesal Penal de 1991 y el nuevo Código Procesal Penal establecen dos ámbitos de aplicación del principio de oportunidad reglada, la primera cuando la denuncia se encuentra en la esfera del Ministerio público, en el cual el fiscal adopta la facultad discrecional. La segunda cuando se ha promovido la acción penal en instancia judicial, correspondiéndole al juez de la causa, a petición del Ministerio Público y con consentimiento del imputado, adoptar la potestad discrecional y en consecuencia archivar el proceso.

En resumen el principio de oportunidad peruano es de carácter extraprocesal e intraprocesal, ello significa que adquiere vigencia tanto antes del proceso como durante el proceso, ello por supuesto acarrea múltiples problemas y conflictos que detallaremos a adelante.

1.8. MECANISMO DE APLICACIÓN DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Tanto el Código instrumental Penal de 1991, como el Novísimo Código Procesal Penal establecen como mecanismo para la aplicación del principio de oportunidad el cuestionado acuerdo reparatorio, ya sea en sede fiscal o instancia judicial, en el primer caso mediante una citación efectuada por Ministerio público de oficio o a petición del imputado, a un diligencia de acuerdo, y en el segundo supuesto, Promovida por el juez a petición de la autoridad fiscal a una audiencia que cuasi conciliación, en ambos casos dichos actos tiene por único objeto el que las partes lleguen a un acuerdo respecto del

monto de reparación civil que el imputado debe comprometerse solventar a favor del agraviado.

Sin embargo es necesario precisar que se entiende por reparación civil, para opinar sobre la idoneidad de la medida. En ese sentido para la doctrina viene a ser la obligación de restaurar y reparar la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta, valorado como ilícito desde una orbita civil¹²,

Es la obligación (extracontractual) civil emergente del delito, una de las consecuencias del hecho jurídico delictivo. Es el deber que tiene el autor de restituir la cosa o resarcir el daño causado, es decir de la responsabilidad penal (culpabilidad) debidamente probado en un proceso penal surge la responsabilidad civil de resarcir los intereses afectados por el delito.

La reparación civil constituye el contenido y el objeto de la acción civil emergente del delito. En ese orden de ideas *DOMINGO GARCÍA RADA* manifiesta; que la intervención del actor civil en el proceso penal se enmarca dentro de la pretensión resarcitoria, es decir, orientada a mantener la acusación, pues si se prueba y determina responsabilidad de la acusación, el agraviado tendrá derecho a la reparación civil

En suma la reparación civil, deriva del delito y se impone contra el imputado y contra terceros llamados a responder en razón de haber sido encontrado responsable del hecho punible dilucidado en un proceso penal.

Así podemos entender que las consecuencias jurídicas del delito no se agotan con la imposición de una pena o una medida de seguridad al autor del ilícito penal, sino que también pueden surgir otras formas de ajusticiamiento de carácter civil reparador¹³

Según *EUGENIO FLORIÁN*; la Reparación Civil acompaña y refuerza la acción penal, dado a que existe un interés social en que ella sea satisfecha juntamente con la pena que corresponde en caso de condena. Ello en concordancia al Art. 92º del Código Penal que preceptúa "*la reparación civil se determina conjuntamente con la pena*"¹⁴

Una vez estudiado las consideraciones doctrinarias al respecto de la reparación civil, podemos, dar nuestra apreciaciones sobre el acuerdo reparatorio, como hemos podido constatar se afirma que la reparación civil surge como consecuencia del delito y que su imposición es de manera conjunta con la pena, y la pena deviene necesariamente solo de la responsabilidad penal del imputado, es ese sentido podemos entender a la reparación civil como la sanción de índole civil directamente ligada a la culpabilidad del

¹² QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; Derecho Penal, Parte general, Ed. Marcial Pons, Madrid 1992, Pág. 670

¹³ ANTON ONECA, José; Derecho Penal, Parte general, Ed. Akal/Iure, 2da Edición, Madrid 1986, Pág. 645

¹⁴ Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, Gaceta Jurídica Editores, séptima edición, Lima 1999 Pág. 78

procesado, porque es conocida en la práctica jurisdiccional que solo mediante un sentencia condenatoria debidamente motivada se puede establecer una reparación civil, sostener lo contrario sería decir que pese a comprobarse la inocencia de encausado se impone una sanción, tampoco hay responsabilidad a medias o se es culpable de un delito o no, claro en la medida de su participación en el hecho punible, que para efectos viene a ser lo mismo.

En suma haciendo una interpretación sistemática de la norma, podemos deducir que mediante la diligencia de acuerdo reparatorio, se comprende al imputado como responsable penal, por el solo hecho de prestar su consentimiento en tal acto, que en su mayoría no tiene carácter jurisdiccional sino meramente administrativo, lo cual significa la manifiesta violación al principio de presunción de la inocencia y consecuentemente su inconstitucionalidad.

En este sentido es importante citar *ERNESTO PEDRAZ PENALVA*¹⁵, quien señala; que los criterios de oportunidad, en su aplicación al caso concreto: **a)** no han de ser contrarios a los bienes constitucionalmente protegidos; **b)** tampoco han de serlo los medios utilizados, que aún siendo aptos para la consecución del fin propuesto en la norma, tienen que ser necesarios, en el sentido que no pueda alcanzarse idénticos resultados con otros menos gravosos **c)** en cuanto a las cargas resultantes para cada afectado, éstas deben estar en una razonable relación con el con los beneficios propios y los de la comunidad.

1.9. EFECTOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Son efectos del principio de discrecionalidad en relación al ámbito de aplicación:

- a) *Como potestad fiscal*: Una vez arribado a un acuerdo entre las partes y producido el pago de la reparación civil, el fiscal emitirá una Disposición de Abstención de la acción penal, por el cual impide, bajo sanción de nulidad que otro fiscal promueva o orden que se promueva la acción penal por una denuncia que contenga los mismo hechos, es entonces donde surge la pregunta al respecto de que, si dicha disposición constituye cosa juzgada, dado que imposibilita a tenor de la norma toda persecución punitiva y cierra el telón de la reacción estatal, pero como todo sabemos los actos fiscales tienen carácter administrativo, y ello en ningún modo constituye una cosa juzgada sino solo cosa decidida, lo cual no implica la imposibilidad de remover dicha disposición o la vigencia del *non bis in idem*.

¹⁵ PEDRAZ PENALVA, Ernesto; “Principio de Proporcionalidad y Principio de Oportunidad”, Ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal de Castilla- León. Universidad de Salamanca, Salamanca

b) *Como facultad del juez preparatorio*; Una vez promovida la acción penal, el juez examina los criterios de discrecionalidad ha pedido del Ministerio público, y a cuyo efecto promueve una audiencia de acuerdo reparatorio, si ello se produce favorablemente con la subsiguiente cancelación de la reparación civil, el juez se encuentra facultado para emitir un auto de sobreseimiento, por el cual se archiva el proceso de manera definitiva, lo cual si constituye cosa juzgada una vez firme, porque es potestad jurisdiccional. Al contrario del primer caso.

CAPITULO II

ASPECTOS CONSIDERATIVOS

2.1. CONFLICTO JURÍDICO NORMATIVO ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DISCRECIONALIDAD

PRIMERO.- El Código instrumental penal de 1991, así como el Nuevo Código Procesal Penal, reconocen y consagran ambos principios, el primero en razón a su carácter de garantía constitucional y el segundo obedece a razones de índole político criminal.

SEGUNDO.- El principio de oportunidad peruano requiere que las partes (imputado y agraviado) lleguen a un acuerdo reparatorio, para su aplicación, esa diligencia como su mismo nombre lo dice, tiene por objeto determinar el monto de la reparación civil, a favor del agraviado, en líneas generales no viene a ser mas que una transacción, por el cual, se busca resarcir el daño causado por el delito y así evitar la tramitación de un proceso prolongado, sin embargo ello no tendría nada de malo, si no fuera que, al considerar el legislador el mero consentimiento del imputado, para su sometimiento al principio, que culmina con la imposición y posterior cancelación de la reparación civil, se ha vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el extremo que se le comprende como responsable penal a cuyo efecto nace la obligación reparatoria.

TERCERO.- Como hemos podido observar en el desarrollo del presente trabajo, uno de los efectos de la presunción de la inocencia es que “...*Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido*”. Sin embargo es lo que precisamente se hace por medio del acuerdo reparatorio, declarar que se te considera culpable, y por tal razón se te da la oportunidad de resarcir el daño, y evitar las demás consecuencias jurídicas del delito.

CUARTO.- También hemos dejado claro líneas arriba que la reparación civil es la sanción accesoria del delito, que solo le corresponde a una persona cuya responsabilidad penal ha sido debidamente probada y declarada como tal judicialmente.

QUINTO.- La aplicación de principio de oportunidad en sede fiscal resulta inadecuada, ello porque; en principio no es potestad del Ministerio Público, pronunciarse sobre la culpabilidad de imputado y mucho menos establecer sanciones (reparación civil) aunque de índole civil, pero sanciones al fin.

SEXTA.- La aplicación de principio de oportunidad es instancia judicial, presenta también una serie de defectos, así el juez no debería estar supeditado al pedido del fiscal, sino por el contrario éste debe actuar concordancia con el juez, para efectos de negociar con el imputado y convalidar el acuerdo, con la potestad jurisdiccional, en ningún caso se debe tomar como fin del criterio de discrecionalidad la reparación civil, por otra parte el sobreseimiento nos parece incorrecto, porque el juez archiva un proceso por lo general, cuando no hay pruebas suficiente para condenar, es decir existe el delito, más no responsabilidad, es siempre un camino de exculpación a cuyo, efecto se absuelve al imputado de todo cargo, sin embargo en el caso concreto, por sobreseimiento entiende un juicio de culpabilidad implícito, del cual se dispensa la pena, pero nace una reparación civil, que cuya cancelación, produce el efecto de que se archive el proceso.

SEPTIMA.- El principio de oportunidad no implica la abstención de la acción penal o el archivamiento del proceso, se trata de solucionar un ilícito penal con celeridad y eficacia, por lo cual se apela a muchos medios, existentes en la doctrina y la legislación comparada, sin embargo de todos ellos el legislador, tenía que optar por la reparación civil (acuerdo reparatorio) y dar el absolutismo del principio a la autoridad fiscal, hecho que ha desencadenado en un problema aún mayor que la saturación procesal, el cual es la inconstitucionalidad.

2.2. OTRAS DISPOSICIONES COMPELIDAS POR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

➤ Art. VII, TP. Código Penal “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor...*”

En principio que viene a ser la pena, no es mas que la consecuencia jurídica del delito, al cual se hace merecedor el imputado por haberse comprobado su responsabilidad penal en el hecho punible, el presente artículo del Código Penal evidencia la relación de causalidad entre la responsabilidad y la pena y por tanto la reparación civil al ser una consecuencia civil pecuniaria del mismo. Así el principio de oportunidad, contraviene

este artículo por establecer a través del acuerdo reparatorio una sanción de carácter civil sin mediar responsabilidad del imputado. Lo cual se explica a través del siguiente axioma "*Nullun poena sine culpa*".

"El código penal vigente en el numeral VII de su Título Preliminar, ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que para imponer una sanción se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo) y en caso de los delitos culposos, que este haya podido prever o evitar el resultado (culpa)" (Exp. N° 607-98; Denyse Baca Cabrera, Fidel Rojas Vargas y Marlene Neira Huamán, Jurisprudencia Penal, Proceso Sumario, Tomo II, Gaceta Jurídica, P. 93)

"En el proceso penal debe establecerse de modo claro e indubitable, tanto la comisión y existencia del ilícito penal, como la plena responsabilidad del acusado" (Exp. N° 822-95-P-Chimbote; Gonzalo Gómez Mendoza, Jurisprudencia Penal, Tomo IV, Rhodas. P. 326)

➤ Art. V, Inc. 2, TP. Nuevo CPP; *"Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley"*.

Además del Principio de Juez Natural, el presente artículo reconoce al órgano jurisdiccional competente en asuntos penales la facultad excluyente de imponer penas y medidas de seguridad, lo cual debe hacerse mediante una resolución judicial debidamente motivada, es decir sólo en instancia judicial se puede establecer la reacción punitiva del Estado; esto en un sentido amplio vinculado al principio de oportunidad nos permite inferir que el Ministerio Público no puede promover, imponer o ejecutar medidas que impliquen una sanción como consecuencia de la comisión del delito, lo cual es el caso del Acuerdo reparatorio, que en función al mandato expreso de la ley sería inaplicable. Lo cual consagra el aforismo romano "*Nullun poena sine iudicio*" en concordancia con el Art. 139° numeral 13 del Constitución Política.

➤ Art. IX, Inc. 2, TP. Nuevo CPP; *"Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad"*

Es lo que en la doctrina penal se denomina *Cláusula de Incriminación*, entendido como el derecho a no ser obligado o inducido a declarar y reconocer la culpabilidad de sí mismo o de determinadas personas.

Según *CARRARA*; La confesión, no debe ser viciado en la voluntad de imputado por error propio o provocado por engaño, dadas o cualquier otra clase de promesa, como por ejemplo: la que será liberado o favorecido en el proceso si confiesa.

Lo que para efectos del presente trabajo resulta aplicable, porque lo que se hace mediante el acuerdo reparatorio es coactar una confesión sincera del imputado a través de la promesa de no promover la acción penal o archivar el proceso, sin embargo es necesario buscar más allá de la verdad legal aspirando a una verdad real que nos permita acercarnos al principio supremo de justicia.

Los artículos V y IX, aquí analizados forman parte del Título Preliminar del Novísimo Código Procesal Penal y por tanto en aplicación del Art. X TP. del mismo cuerpo normativo prevalecen sobre cualquier otra disposición del referido código. Sin embargo el Art. 2º de la Sección I, de las Disposiciones Generales, del Libro Primero de dicho código, que establece el Principio de Oportunidad contraviene el tenor de aquellos artículos como hemos podido constatar.

2.3. DERECHO COMPARADO

El Maestro *PABLO SÁNCHEZ VELARDE* nos ilustra más claramente de la connotación que tiene el Principio de oportunidad en el derecho extranjero:

1. El Plea Bargaining:

En un sistema procesal como el anglosajón o como el norteamericano, el uso del principio de oportunidad aparece como un mecanismo institucionalizado de evitación de un juicio prolongado o de una condena mayor, mediante un acuerdo entre las partes en la causa penal

El elemento predominante es la declaración de culpabilidad del imputado, y que se manifiesta bajo tres formas: **a)** Voluntaria, en caso de evidente culpabilidad; **b)** estructuralmente inducido, cuando la confesión es consecuencia de la previsión de una pena más grave, o porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quien reconociendo su culpabilidad y renuncia al juicio contradictorio; **c)** negociado, que considera que el acuerdo entre Fiscal y el acusado o su abogado, antes de la vista; acuerdo que puede ser sobre el delito o la pena, o de ambos.

A esta forma “negociada” se le denomina “*Plea bargaining*” que no son sino las negociaciones que se lleva a cabo entre el Ministerio Público y la defensa, y en la que se acuerda la declaración de culpabilidad de declaración del acusado, evitando la realización del juicio, a cambio de una reducción en los cargos formulados o a cambio de una recomendación de “indulgencia” hecha por el Fiscal.

Comentario.- Es necesario establecer las diferencias, mas connotables en la aplicación del Principio de oportunidad en el sistema Angloamericano con relación ha nuestro país;

en primer orden, en los tres casos en el cual se hace uso del principio de discrecionalidad, podemos apreciar, un hecho de suma importancia que viene a ser el reconocimiento de la culpabilidad, por el cual el imputado, asume su responsabilidad penal y en consecuencia, ya no puede existir la presunción de inocencia, ya que admite los cargos, pero dicho acto no se trata de un mero consentimiento del imputado, como pretenden comprenderlo nuestros legisladores, si no por el contrario constituye un acto de renuncia a su derecho de contradicción, lo que también podemos denominar arrepentimiento sincero o allanamiento, por el cual se busca una especial consideración por parte del juez de la causa, al momento de imponer la pena.

Por otra parte, en el caso *Plea bargaining* o Negociado no se trata de un acuerdo que tiene por objeto que el Ministerio Público se abstenga de promover la acción penal, lo que se busca por medio de él es obtener el reconocimiento de culpabilidad del imputado, y por medio de ello, evitar un prolongado juicio, a la vez que permite al imputado una reducción de los cargos o una recomendación de indulgencia ante el Tribunal competente. Como podemos comprobar, la aplicación del principio no tiene por objeto, establecer una reparación civil, menos aún con las peculiaridades de nuestra norma procesal.

2. Alemania:

En Alemania los criterios para el uso de la oportunidad son variados. Puede obedecer:

a.- A la ausencia de un “interés suficiente” en la persecución penal, ya sea por tratarse de un delito o asunto de poca importancia o de reducida culpabilidad del agente. El artículo 153º de la STPO considera que tratándose de infracciones castigadas con pena inferior a un año, la Fiscalía prescindir de la persecución penal, con aprobación del Tribunal competente, cuando la culpabilidad del autor sea considerada ínfima y no existiera interés público en la persecución.

b.- A la satisfacción de determinados presupuestos. Es decir, la Fiscalía con aprobación del Tribunal y del inculcado, puede prescindir provisionalmente” del ejercicio público de la acción a cambio de que el inculcado:

- Repare el daño causado
- Otorgue prestación de utilidad pública
- Cumpla determinadas obligaciones (y de carácter alimenticio)

c.- A la prevalencia de los intereses Estatales, como el sobreseimiento por “arrepentimiento activo” de ciertos delitos contra la seguridad del Estado.

Los criterios regulados en la legislación alemana han de guiar la decisión Fiscal, pero están sometidos a un control judicial, en cuanto es obligatorio cumplir con la aprobación del Tribunal, salvo cuando se tratara de delitos contra el patrimonio ajeno cuya pena sea inferior a un año y los daños causados sean ínfimos; en los cuales el Ministerio Público actúa con absoluta libertad.

Comentario.- En el caso Alemán es interesante el control judicial que existe para la aplicación del principio de oportunidad, así el Ministerio Público actúa en los supuesto que la ley determina para el uso de la potestad discrecional con la aprobación del Tribunal competente, ello debido a que ciertas facultades exclusivas del órgano judicial son necesarias para la validez de tal acto.

En el caso b que plantea la legislación alemana, se habla de una abstención **provisional** de la acción penal, siempre y cuando el imputado cumpla con realizar ciertas condiciones impuestas, el cual puede ser la reparación del daño, lo que implica una de las finalidades de la reparación civil, pero sin embargo, a pesar de la aparente semejanza existente con nuestra normatividad sobre el tema, ello resulta muy diferente aún, por las garantía para el imputado que implica la aprobación judicial de los actos de la autoridad fiscal. Lo que resulta cuestionable es que si la condición para la aplicación del criterio de oportunidad se remite a la reparación del daño, sería más adecuado para tal efecto, acudir a la vía civil para reclamar una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.

3. Italia :

En Italia, la legislación procesal establece mecanismos de “acuerdo” entre las partes a fin de evitar el juzgamiento. Así por ejemplo, en el juicio abreviado un acuerdo entre el imputado con el Ministerio Público sobre la forma, hace que el proceso sea definido en la audiencia preliminar, con una sentencia anticipada “reducida a un tercio”.

El procedimiento de aplicación de la pena a pedido de las partes (*patteggiamento*) es el más parecido al *Plea bargaining*; en él, el acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público se manifiesta sobre la pena, en cuanto a la aplicación de la sustitución de la misma, igualmente reducida a un tercio, sea en los casos de penas pecuniarias y de privativas de libertad.

Comentario.- En el caso italiano se trata de un principio de oportunidad aplicado en instancia judicial, lo que resulta más conveniente, dado que los acuerdos convenidos por las partes, es materia de convalidación por el órgano judicial, lo que legitima y valida el acto, posibilitando de esta forma la terminación rápida del proceso, a través de una

sentencia anticipada, que materializa los términos del referido acuerdo; Sin embargo no olvidemos que dicho convenio va a tratar principalmente de una reducción de la penalidad a favor del imputado, quien a cambio asume su responsabilidad penal en un hecho punible, de lo cual puede surgir la responsabilidad civil (reparación civil), pero ese no es el objeto principal de dicho acto.

4. Portugal:

La nueva legislación procesal penal de Portugal ha incorporado dentro de sus normas diversos supuestos que condicionan el inicio o la persecución penal.

En tal sentido, se establece el “archivamiento del proceso” cuando el hecho punible le corresponde dispensa o exención de la pena (art. 280º). El archivamiento ha pedido del Ministerio Público y se decide por el Juez de Instrucción, sin intervención del imputado.

Si la acusación ya ha sido formulada, es posible también el archivo, si se dan los presupuestos y existen conformidad del Ministerio Público.

También se establece la “suspensión provisional del proceso” cuando el delito es castigado con prisión no superior a tres años o con sanción distinta. En estos casos, el Ministerio Público puede decidir, en concordancia con el Juez de la Instrucción, la suspensión del proceso a cambio de determinadas obligaciones o reglas de conducta impuesta al imputado.

Estas reglas de conducta u obligaciones son:

- a.- Indemnizar al lesionado u ofendido por el delito
- b.- Dar al ofendido la satisfacción moral adecuada
- c.- Entregar de cierta cuantía al Estado o instituciones de solidaridad social
- d.- No ejercer determinadas profesiones
- e.- No frecuentar determinados lugares o residir en ciertos lugares
- f.- No acompañar, alojar o recibir a ciertas personas
- g.- No tener en sus poder determinados objetos que puedan facilitar la práctica de otros delitos
- h.- O cualquier otro comportamiento especialmente exigido para el caso.

Otra cosa característica es que la suspensión de la acusación puede ser hasta dos años, y si el inculpado cumple las condiciones interpuestas, el proceso será archivado; en caso contrario el proceso seguirá su curso.

En suma el código procesal penal portugués estatuye un tratamiento especial en cuanto a los casos de pequeña criminalidad, con previsión de los supuestos por la ley, que en

esencia constituye un sistema “*Probation*” previo a la formulación de la acusación, con finalidades predeterminadas en el ámbito de celeridad procesal y prevención de la pena.

Comentario.- El criterio de discrecionalidad es aplicado en la legislación portuguesa, en el curso del proceso penal, por medio de la figura del archivamiento ya sea de forma definitiva o provisional, ha pedido del Ministerio Público y sin la intervención del imputado, ello resulta muy conveniente, dado que quien decide sobre la procedencia del mismo, es el Juez, con lo cual da validez al acto, por la facultad que tiene de imponer medidas de seguridad y sanciones civiles pecuniarias al imputado, claro esta, ello es aplicable en supuestos legales predeterminados que por la naturaleza del delito, las condiciones personales del imputado resulta una medida adecuada.

CAPITULO III

CUESTIONES FINALES

3.1. CONCLUSIONES:

Del todo lo anteriormente expuesto en el desarrollo del presente trabajo, llegamos a las siguientes conclusiones:

- Que el principio de oportunidad contraviene el principio de presunción de la inocencia, al establecer mediante el acuerdo una reparación civil, por lo cual la autoridad fiscal se pronuncia al respecto de su culpabilidad del imputado, sin existir sentencia condenatoria firme.
- Que el consentimiento expresado por el imputado, para la aplicación del principio de oportunidad no constituye declaración de su culpabilidad, sin embargo se le somete a una reparación civil a favor del agraviado, lo cual violenta al principio de la presunción de inocencia.
- Que la aplicación de oportunidad en sede fiscal es inadecuado, porque sus actos no tiene carácter jurisdiccional, por lo tanto la Disposición de Abstención no constituye cosa juzgada, sino cosa decidida, por ser un acto administrativo.
- Que la aplicación del criterio de discrecionalidad en instancia judicial genera una conjunto de problemas, en el sentido de que el auto de sobreseimiento, si bien constituyen cosa juzgada, se aplica de forma equivocada, dado que se promueve una vez realizada la cancelación de la reparación civil, dando la impresión de condena al imputado, siendo su efecto archivar el proceso, a consecuencia de que el hecho punible no puede atribuírsele al imputado, o concurre un hecho atípico, causas

de justificación o no punibilidad. El sobreseimiento tiende por lo general a absolver al imputado, y no como en el caso concreto de condenarlo a una sanción civil.

- El acuerdo reparatorio por tener un objeto netamente resarcidor, no es aplicable sin previo reconocimiento de culpabilidad del imputado, lo cual debe realizarse ante autoridad jurisdiccional, mediante una sentencia anticipada que convalide el acto.
- La actual forma de aplicación del principio de oportunidad en sede fiscal o instancia judicial, mediante el acuerdo reparatorio, contraviene el principio de presunción de la inocencia y por tal razón resulta inconstitucional

3.2. PROPUESTAS:

Las medidas a tomar en consideración para regularización y aplicación del principio de oportunidad son las siguientes:

- Eliminar el acuerdo reparatorio, con finalidad del principio de oportunidad
- Promover la aplicación del principio de oportunidad en instancia jurisdiccional, de oficio o a pedido de parte (Ministerio Público, imputado) siempre y cuando exista reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado.
- Dar potestad al fiscal para negociar con el imputado, el arrepentimiento activo y reconocimiento judicial de su responsabilidad penal, a cambio de una reducción considerable de la pena.
- Promover la aplicación del principio de oportunidad, en sede fiscal, en caso de violencia familiar, con control jurisdiccional, a efecto de propiciar acuerdo de carácter conciliador entre las partes, en el cual debe convalidarse mediante sentencia anticipada, emitida por el juez competente.
- Buscar mediante el principio de oportunidad la confesión sincera, el arrepentimiento activo y el reconocimiento judicial de culpabilidad como medio para que el imputado acceda a beneficios de una penalidad benigna
- Del reconocimiento de culpabilidad del imputado nace la obligación de resarcir el daño, por el cual el agraviado podrá beneficiarse de la reparación civil o en su defecto acudir a la vía civil, reclamando una indemnización de daños y perjuicios.
- La descriminalización de los delitos patrimoniales de escaso entidad de daño o mínimo quebrantamiento del orden público, a fin de que, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados sean reclamados en la vía civil.
- Considerar al principio de oportunidad como un conjunto de mecanismos político criminal, para dotar a la justicia penal de celeridad y eficacia procesal

- El derecho comparado nos demuestra que el principio de oportunidad es una facultad jurisdiccional, donde colabora el fiscal
- La eficacia del principio de oportunidad depende en gran medida del imputado, quien al acogerse mediante el reconocimiento de su responsabilidad a los beneficios de reducción de pena esta posibilitando la celeridad procesal, al evitar la tramitación del proceso.
- Es por ello importante crear mecanismo que vayan acorde con el respeto de los derechos fundamentales de la persona y las garantías constitucionales del imputado.

3.3. CONSECUENCIAS JURIDICAS:

Declarar la inconstitucionalidad de los siguientes dispositivos:

- 1) Art. 2º, Decreto Legislativo N° 638, Código Procesal Penal, publicado 21-04-1991, en lo que respecta al Acuerdo Reparatorio
- 2) Art. 2º, Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal publicado el 29-07-2004, en lo que respecta al Acuerdo Reparatorio
- 3) Art. 3º, Ley N° 28117, Ley de Celeridad y Eficacia Procesal Penal; incorpora párrafo al artículo 2º del Código Procesal Penal
- 4) Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en aplicación al Principio de Oportunidad Modificado N° 651-2001.MP-FN
- 5) Res. N° 1072-95-FN
- 6) Circular N° 006-95-MP-FN
- 7) Res. N° 200-2001-CT-MP

BIBLIOGRAFIA

1. **ANTON ONECA**, José; “Derecho Penal, Parte general”, Editorial Akal/lure, 2da Edición. Madrid 1986
2. **CABANELLAS TORRES**, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta. Buenos Aires 2002
3. **CABRERA PEÑA**, Raúl; “Tratado de Derecho Penal, Parte general”, Editora Jurídica Grijley, 5ta Edición. Lima 1994
4. **CIRCULAR DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN** N° 006-95-MP-FN

5. **CUBAS VILLANUEVA**, Víctor; “El Proceso Penal; Palestra Editores”, 5ta Edición, Lima 2003.
6. **DECRETO LEGISLATIVO N° 957**; “Nuevo Código Procesal Penal”, publicado el 29-07-2004.
7. **DECRETO LEGISLATIVO N° 635**; “Código Penal”, Gaceta Jurídica Editores, séptima edición, Lima 1999
8. **DECRETO LEGISLATIVO N° 638**; “Código Procesal Penal”, Gaceta Jurídica Editores, sexta edición, Lima 2003
9. **FLORIAN**, Eugenio; “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Traducido por L. Prieto Castro. Barcelona 1993
10. **GARCIA RADA**, Domingo; “Instituciones del Derecho Procesal Penal” Ediciones Studium. Lima 1965.
11. **GOMEZ COLOMER**, Juan Luis; “El proceso penal en el Estado de Derecho”, Palestra Editores. Lima 1999.
12. **MAIER**, Julio “Derecho Procesal Penal Argentino”, T.1a Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires 1989
13. **ORÉ GUARDIA**, Arsenio; “Estudios de Derecho Procesal Penal”, Editorial Alternativas S.R.L., 1era. Edición. Lima 1993.
14. **QUINTEROS OLIVARES**, Gonzalo; “Derecho Penal, Parte general”, Editorial Marcial Pons. Madrid 1992
15. **REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LAS FISCALIAS PROVINCIALES ESPECIALIZADAS EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD MODIFICADO N° 651-2001.MP-FN**
16. **RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN N° 1072-95-FN**
17. **RESOLUCIÓN DEL CONSEJO TRANSITORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO N° 200-2001-CT-MP**
18. **RUBIANES**, Carlos; “Derecho Procesal Penal”, Ediciones Depalma, T. II. Buenos Aires 1985
19. **SAN MARTÍN CASTRO**, César; “Derecho Procesal Penal”, Editora Jurídica Grijley, Vol. I. Lima 2001.
20. **PEDRAZ PENALVA**, Ernesto; “Principio de Proporcionalidad y Principio de Oportunidad”, Ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal de Castilla- León. Universidad de Salamanca, Salamanca.

21. **VELEZ MARICONDE**, Alfredo; "Derecho Procesal Penal", T. I, II, III y IV.
Ediciones Depalma, 6ª. Reimpresión. Buenos Aires 1985