



**UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"**

ESCUELA DE POSTGRADO

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA INVESTIGACIÓN
PRELIMINAR Y SU TRANSGRESIÓN A LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES QUE ORIENTAN EL PROCESO
PENAL PERUANO.**

**Tesis para optar el Grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

NEPTALÍ REY DAMIÁN ROBLES

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz - Perú

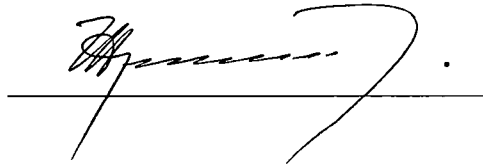
2014

Nº Registro: T0375

MIEMBROS DEL JURADO

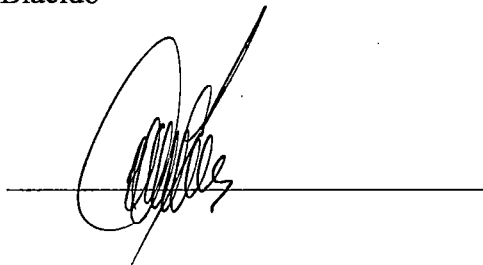
Doctor Wilfredo Camilo Montañez Avendaño

Presidente

A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is stylized and appears to be 'W. Camilo Montañez Avendaño'.

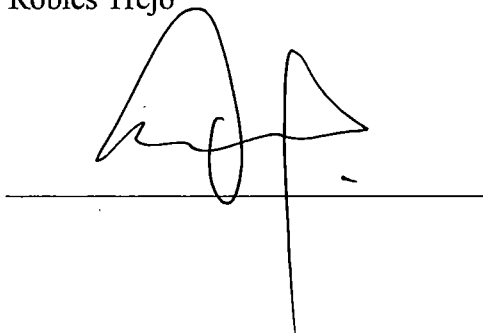
Doctor Elmer Robles Blácido

Secretario

A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is stylized and appears to be 'Elmer Robles Blácido'.

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is stylized and appears to be 'Luis Wilfredo Robles Trejo'.

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” por forjarme desde los albores en mis estudios en el campo del Derecho y la oportunidad en mi perfeccionamiento constante.
- A mi Asesor, Dr. Luis Robles Trejo por ser guía y apoyo en el desarrollo de la tesis.

A mis padres: Ireño Paulo Damián y Lucila Martha Robles Cáceres, por darme la vida y por su apoyo incondicional.

A mi esposa Zoila María Cano Pérez por sacar siempre lo mejor de mí.

ÍNDICE

	Página
Resumen	viii
Abstract	ix
I. INTRODUCCIÓN	1 – 4
Problema	2
Objetivos	3
Hipótesis	4
II. MARCO TEÓRICO	5 – 117
2.1. Antecedentes	5
2.2. Bases teóricas	8
2.3. Definición de términos	115
III. MATERIALES Y MÉTODOS	118–122
3.1. Tipo y diseño de Investigación	118
3.2. Métodos de Investigación	118
3.3. Estrategias o Procedimientos de Recojo, Análisis e Interpretación de Información	121
3.4. Técnicas e Instrumentos	121
3.5. Contexto	122
3.6. Unidad de Análisis o Informantes	122

IV. RESULTADOS	123-134
V. DISCUSIÓN	135-169
VI. CONCLUSIONES	170
VII. RECOMENDACIONES	173
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174-184
ANEXO	185

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad explicar que el principio de oportunidad regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004 (aplicado a nivel de la investigación preliminar) trasgrede los principios constitucionalmente protegidos que orientan el sistema procesal penal peruano, tales como: el principio de jurisdiccionalidad, principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa; toda vez que, con esta disposición se faculta a los Fiscales de la Investigación Preparatoria a archivar hechos ilícitos y hasta condicionar al imputado a aceptar su *responsabilidad* en los delitos denominados de bagatela.

En tal sentido, para justificar mi posición e indicar que el principio de oportunidad es incompatible con los principios constitucionales indicados se ha realizado un exhaustivo análisis de la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada.

Por otro lado, de los resultados obtenidos en la parte empírica y de la discusión hecha se ha arribado a la conclusión que existe contradicción entre lo regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004 (respecto al principio de oportunidad aplicado a nivel de la investigación preliminar) y los principios constitucionales del sistema procesal penal referidos; por lo tanto, debe derogarse el primero por supremacía de la Norma Constitucional.

Palabras clave: Principio de oportunidad y principios constitucionales del proceso penal.

ABSTRACT

This research was aimed to explain the principle of chance governed by Article 2 of the Criminal Procedure Code 2004 (applied at the level of the preliminary investigation) transgresses the principles guiding constitutionally protected Peruvian criminal justice system, such as: jurisdictionality principle , the presumption of innocence and right of defense, since, with this provision empowers the Research prosecutors to file wrongful acts and to condition the defendant to accept responsibility for crimes known as trifle .

In this sense, to justify my position and indicate that the opportunity principle is incompatible with the constitutional principles stated there has been a comprehensive analysis of the doctrine , jurisprudence and comparative law .

Furthermore, the results obtained in the empirical part and the discussion made has come to the conclusion that there is a contradiction between what is provided for in Article 2 of the Criminal Procedure Code 2004 (relative to opportunity principle applied at the level of preliminary) research and the constitutional principles of criminal procedure referred, therefore, be repealed by the first rule of constitutional Standard.

Keywords: Principle of opportunity and constitutional principles of criminal procedure.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación versa sobre la transgresión del Principio de Oportunidad, que se encuentra regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004, en su aplicación a nivel de la investigación preliminar, a los Principios Constitucionales que rigen el Proceso Penal Peruano, tales como: el principio de jurisdiccionalidad, principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa; pues, se faculta a los funcionarios del Ministerio Público (Fiscales de la Investigación Preparatoria) archivar las causas y hasta condicionar al imputado a autoincriminarse en los delitos de bagatela.

Este articulado al asignar al Fiscal de la Investigación Preparatoria la capacidad discrecional de decidir a nivel de la investigación preliminar abstenerse o no a ejercitar la acción penal pública (pese a haberse identificado la comisión del evento delictivo e individualizado al presunto autor) le otorga facultades de un órgano jurisdiccional; pues, ya el Fiscal al motivar su *providencia* emite un juicio de valor -relaciona al imputado con el evento delictivo y le impone una *sanción*: el pago de reparación civil-; quebrantando de esta manera, los principios de jurisdiccionalidad, principio de presunción de inocencia y derechos de defensa formal.

En consecuencia, el ente persecutor del delito pierde su papel para convertirse en juez y parte en una misma causa: *Fiscal inquisidor*.

La presente tesis ha sido estructurada en cinco capítulos. En este primer capítulo se plantean los problemas, se formulan los objetivos y se propone las hipótesis. El segundo capítulo está referido al marco teórico que servirá de

sustento doctrinario a la presente investigación. En el tercer capítulo se describe la metodología empleada, el tipo y nivel de investigación y se explican los métodos, procedimientos de recojo, análisis e interpretación de información, así como las técnicas e instrumentos utilizados para la elaboración de la presente tesis. En el cuarto capítulo se detallan los resultados obtenidos con la presente investigación. El quinto capítulo está destinado a la discusión y la contrastación de la información y datos obtenidos con la hipótesis propuesta. Finalmente se plantean conclusiones y sugerencias que sintetizan la presente investigación.

A continuación se detallan los problemas, objetivos e hipótesis planteadas.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

PROBLEMA GENERAL

- ¿De qué manera el Principio de Oportunidad en la investigación preliminar transgrede los Principios Constitucionales que orientan el proceso penal peruano?

PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- a. ¿Cómo el Principio de Oportunidad en la investigación preliminar conculca el Principio de Jurisdiccionalidad?
- b. ¿Por qué el Principio de oportunidad en la investigación preliminar quebranta al Principio de Presunción de Inocencia?
- c. ¿De qué forma el Principio de Oportunidad en la investigación preliminar transgrede el Derecho de Defensa formal?

d. ¿Cuál es el tratamiento doctrinario, jurisprudencial y la legislación comparada del Principio de Oportunidad?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL:

- Fundamentar que el Principio de Oportunidad en la investigación preliminar transgrede los Principios Constitucionales que orientan el proceso penal peruano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a. Argumentar que el Principio de Oportunidad en la investigación preliminar conculca el Principio de Jurisdiccionalidad.
- b. Fundamentar que el Principio de oportunidad en la investigación preliminar quebranta al Principio de Presunción de Inocencia.
- c. Explicar que el Principio de Oportunidad en la investigación preliminar transgrede el Derecho de Defensa.
- d. Analizar el tratamiento doctrinario, jurisprudencial y la legislación comparada del Principio de Oportunidad.

HIPÓTESIS.

El Principio de Oportunidad en la investigación preliminar que se encuentra a cargo del Fiscal de la Investigación Preparatoria transgrede los Principios Constitucionales que orientan el proceso penal peruano como:

- i) El Principio de Jurisdiccionalidad; toda vez que, con la aplicación de este criterio, el ente persecutor del delito, sustrae jurisdicción y resuelve las causas a nivel prejudicial en los denominados delitos de bagatela, creando una jurisdicción prohibida por la Constitución Política;
- ii) El Principio de Presunción Inocencia; puesto que, con el Principio de Oportunidad en las diligencias preliminares, sin una sentencia judicial firme debidamente motivada, se considera al investigado *responsable* de la comisión de un hecho punible, imponiéndole el pago de la reparación civil (como forma de sanción);
- iii) El Derecho de Defensa; puesto que, a nivel de la investigación preliminar el acuerdo se puede arribar sin la asistencia técnica del investigado ni se encuentra en condiciones de plena igualdad (no hay estación probatoria) ante un Tribunal independiente.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES.

Realizadas las indagaciones, consultas y revisión en las bibliotecas especializadas de las universidades existentes:

- a) A nivel local se ha encontrado las siguientes tesis:
- BLAS BLAS, Oscar Hugo. (2006). *“Factores que limitan la aplicación del Principio de Oportunidad en las Fiscalías y Juzgados Penales de Huaraz”*. TESIS para optar el Título profesional de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”. Está referido a la falta de conocimiento que tienen los fiscales y jueces de la provincia de Huaraz en la aplicación del instituto procesal del Principio de Oportunidad.
 - VISURRAGA CAMARGO, Jorge. (2006). *“Aplicación del Principio de Oportunidad en el Ministerio Público y Poder Judicial de la provincia de Huaraz años 2001-2003”*. TESIS para optar el grado académico de Maestro en Derecho en Mención en Ciencias Penales. Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”. Explica que el Ministerio Público especialmente el Fiscal Provincial, luego de concluir la etapa de investigación preliminar no aplica el Principio de Oportunidad, mucho menos cuando ya se ha

iniciado el proceso penal por ante el Juez penal, pese a que cuenta con los instrumentos legales para hacerlo.

b) A nivel nacional se encontró la siguiente tesis:

- BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth (2002). *“La Problemática Jurídica de la Conciliación en el Proceso Penal Peruano”*. TESIS para optar el grado académico de doctor en Derecho y Ciencia Política. Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. en sitio web:http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2005/aguinagamg/pdf/aguinaga_mg-TH.1.pdf. Se describe y se propone una forma de conciliación dentro del proceso penal, específicamente a nivel preliminar, acuerdo que será sólo entre las partes.

c) A nivel internacional se halló la siguiente tesis:

- ALMEIDA SILVA, Kédyma Cristiane. (2008). *“La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal”*. TESIS para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. En sitio web: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?db=1&t=principio+de+oportunidad&td=todo>. En el que explica los alcances del principio de oportunidad y justifica su aplicación por política criminal.
- ARISTIZABAL GONZALEZ, Carolina. (2005) “). *“Alcances del Principio de Oportunidad en la Nueva Legislación*

Procesal Penal Colombiana”. TESIS para optar el título profesional de Abogado. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. En sitio web: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>.

- En este se desarrolla el tránsito entre el sistema procesal penal inquisitivo al sistema procesal penal acusatorio con la incorporación del principio de oportunidad reglado.

Las investigaciones realizadas encontradas a nivel internacional, nacional y local están referidas al desarrollo y justificación de la entrada en vigencia del principio de oportunidad en los sistemas procesales penales, que son por razones de utilidad o política criminal.

2.2 BASES TEÓRICAS.

CAPÍTULO I

1.- Teoría de la Constitución.

1.1.- La Constitución como límite al poder político.

1.1.1.- Concepto de constitución:

Existe una vasto significado en la doctrina del concepto de constitución; sin embargo, es preciso tomar postura y definirlo primero desde su aspecto formal así según Mendoza Escalante la Constitución *es un conjunto de normas expedido por un órgano cualificado (poder constituyente, originario o derivado – de reforma-, según el caso) distinto al competente para producir la legislación ordinaria, así por la exigencia impuesta de superarse un proceso ad hoc revestido de requerimientos excepcionales (agravados) para su eventual reforma*¹.

El proceso agravado que se tiene que seguir lo encontramos en el artículo 206 de la Constitución Política de 1993 del que se concluye que se trata de una constitución rígida.

García Toma señala que *los alcances de definición de la constitución también comprenden a la constitución como un conjunto de valores, principios, normas y prácticas básicas destinadas a legitimar, modelar,*

¹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. (2000) *“Los principios fundamentales del Derecho Constitucional Peruano”*. Primera edición. Editorial ENMARCE E.I.R.L.Lima. p 35.

*organizar, regular, e impulsa un tipo de sociedad política. Por ende, expone un proyecto de vida común, un estatuto de poder, una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, un orden supremo constituyente del sistema jurídico y una autorepresentación cultural del pueblo de un Estado.*²

Giuseppe de Vergottini, citado por García Toma señala que la *Constitución está considerada como un sistema originario de normas jurídicas, sobre las cuales se basa la organización de los órganos constitucionales, el conjunto de sus competencias, el reconocimiento de las esferas jurídicas del individuo, la relación entre autoridad pública y libertad individual.*³

Se puede afirmar que la Constitución Política de 1993 desde un punto de vista formal es una constitución rígida; puesto que, este conjunto de normas que fue expedido por un poder constituyente, tiene que seguir un proceso agravado para modificarse. Asimismo, la nuestra Constitución comprenden un conjunto de valores, principios, normas y prácticas básicas destinadas a legitimar, modelar, organizar, regular, e impulsa un tipo de sociedad política.

1.1.2.- Contenidos de la constitución.

García Toma considera cuatro aspectos a saber:

² GARCÍA TOMA, Víctor. (2010) *“Teoría del Estado y Derecho Constitucional”*. Tercera Edición. Editorial ADRUS S.R.L. Arequipa. p 441.

³ *Ibíd.* p. 441.

a) La constitución es un proyecto de vida:

Es un texto fundamental aparecen manifestados un conjunto de ideas, creencias y convicciones socialmente compartidas que apuntan a la construcción y consolidación de una forma política de convivir. Asimismo, implica un plan concertado para alcanzar determinadas metas vinculadas con el desarrollo societario y personal de un grupo humano adscrito a un espacio y un tiempo determinado⁴.

La constitución sería como cronograma o plan de gobierno que nos señala como debe ser la convivencia de la sociedad e indica los valores que persigue.

b) La constitución es un estatuto de poder.

Jorge Reynaldo Vanossi, citado por García Toma, señala que la *constitución es el enunciado institucional de las grandes "reglas de juego" político y social que una comunidad adopta, para un cierto tiempo de su devenir histórico, por medio de un determinado reparto de competencias y con proyección u orientación a ciertos fines en los que la sociedad visualiza su porvenir.⁵*

En la constitución política se van a establecer la orientación política, la división de los roles, los derechos fundamentales de la persona y quiénes serán los órganos encargados de hacerlos respetar.

c) La constitución es una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona.

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibid.* p 447.

Magdiel Gonzáles, citado por García Toma, indica que la *constitución es un orden supremo que regula el ejercicio del poder político y que garantiza la vigencia y goce de los derechos fundamentales de la persona en una realidad social concreta.*⁶

En la constitución se reconocen los derechos fundamentales de la persona y se aspira a su desarrollo digno.

d) La constitución en la autorepresentación cultural del pueblo.

*En el texto constitucional aparece manifestado el conjunto de rasgos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan un grupo social adscrito a un determinado escenario histórico de constitucional.*⁷

La constitución es un reflejo de la cultura del pueblo, sus usos, costumbres, anhelos van a verse plasmados en la Norma Fundamental.

1.2.- La Constitución Política del Perú como norma fundamental de protección de los derechos fundamentales.

La Constitución peruana establece y regula a las funciones del Estado, los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, las relaciones entre los individuos y las instituciones constituidas, así como el procedimiento para la elaboración de la normatividad.

Ricardo Guastini señala que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: *a) las que determinan la llamada forma del Estado, b) las que*

⁶ *Ibíd.* p 449.

⁷ *Ibíd.* p, 451.

determinan la forma de gobierno; y, c) las que regulan la producción normativa⁸.

La Constitución genera efectiva vinculación a sus destinatarios si se le considera como norma fundamental, afirma Castillo Córdova, es decir, si se le coloca como fundamento de todo el ordenamiento jurídico. *La Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como norma primera, que funciona como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional. En este contexto se puede afirmar que "los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico"; y que "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.*⁹

*El constitucionalismo peruano protege los derechos fundamentales, este constitucionalismo, semejante al modelo español se caracteriza especialmente por otorgar a los derechos fundamentales una protección extraordinaria en el marco de la jurisdicción constitucional.*¹⁰

Bacigalupo refiere que tiene el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización;

⁸ GUASTINI, Ricardo (2001). "Estudios de Teoría Constitucional" Editorial Distribuciones Fontamara. Primera Edición. México. p, 32.

⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2003). "Los derechos constitucionales. Elementos para una Teoría General" Editorial PALESTRA. Lima. p, 38.

¹⁰ BACIGALUPO, Enrique (1999). "Principios constitucionales de derecho penal" Editorial HAMMURABI. Argentina. p, 13.

*siendo que los derechos fundamentales los que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo.*¹¹

El constitucionalismo tiene cuatro rasgos característicos: *Primero*, la aparente obviedad de que la Constitución debe ser considerada una norma jurídica. *Segundo*, que la Constitución, además de norma formal o procedimental según la tradición kelseniana, incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices. *Tercero*, que la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria; *Cuarto*, resulta que el constitucionalismo de posguerra se muestra bastante rígido.¹²

1.2.1.- El Perú como Estado Social y Democrático de Derecho.

El Estado peruano, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado Social y Democrático de Derecho. Ello se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se

¹¹ *Ibíd.*

¹² PRIETO SANCHÍS; Luis (2008) *“Teoría General del Derecho Procesal Constitucional”*. Tomo I. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México. p 806, 807.

derive la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

De manera que el Estado peruano presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado social¹³. Así en el Estado Social y Democrático de Derecho “los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)¹⁴

En efecto, conforme a lo indicado por el Colegiado Constitucional, el Estado peruano, se constituiría en un Estado Social Democrático de Derecho al presentar los elementos básicos de mismo, como la interrelación de los derechos individuales y sociales cuya finalidad es asegurar la primacía de la dignidad del ser humano.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 06089-2006-PA/TC, fj. N° 10.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC del 01/04/2005, fj. N° 04.

cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás¹⁵.

García Pelayo¹⁶ asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial o posindustrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales.

¹⁵ HAYEK, F.A. (1991). "Los fundamentos de la Libertad". Ed. Unión. Madrid. P. 26.

¹⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel. (1980). "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo". Editorial Alianza. Madrid. p.18.

CAPÍTULO II

2. El Conflicto.

Resulta importante abordar este tema para poder comprender las relaciones personales y grupales de las personas en un espacio y tiempo determinado en la sociedad.

El autor Rosas Yataco nos indica que nuestra *fase evolutiva bio-psico-social nos condiciona a una serie de prejuicios, creencias, usos y costumbres*¹⁷, lo que podría determinar las relaciones conflictuales.

Marianella Ledesma refiere que *desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad, el conflicto ha coexistido con él, como respuesta a la limitación de recursos, a la insatisfacción de necesidades, a la defensa de valores y a las equivocadas percepciones, fruto de una deficiente comunicación*.¹⁸ En consecuencia, se infiere que existen diversos factores que coadyuvan que las relaciones personales en la sociedad se tornen conflictivas.

a) Fuentes del conflicto.

Entre las fuentes del conflicto se pueden identificar las siguientes: *Los hechos, las partes tiene una percepción distinta; los recursos escasos, referido a la distribución de la riqueza; las necesidades humanas básicas, los valores, la estructura*¹⁹.

¹⁷ ROSAS YATACO, Jorge. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. Primera Edición. Lima. p, 53.

¹⁸ LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. (2000). *El Procedimiento conciliatorio. Un enfoque teórico normativo*. Editorial Gaceta Jurídica Editores. p, 27.

¹⁹ DOMÍNGUEZ BILBAO, Roberto y otro. *Introducción a la Teoría del conflicto en las Organizaciones*. Artículo publicado en página web: <http://www.fcjs.urjc.es/departamentos/areas/profesores/descarga/rquuvuvz/introducci%C3%B3n%20a%20la%20teor%C3%ADa%20del%20conflicto.pdf>. Visitado el 11/12/112.

b) Medios alternativos de resolución de conflictos.

Los medios alternativos de resolución de conflictos conocidos también como MARC son medio de solución de conflictos primarios y son:

La negociación: Vado Grajales señala que la *negociación como un procedimiento en el cual las partes de un conflicto intercambian visiones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución*²⁰.

La transacción: Alcála-Zamora, citado por Fernando Estavillo Castro, refiere que *la transacción como medio autocompositivo por excelencia constituye la culminación del procedimiento de conciliación*²¹, en este acto las partes se hacen concesiones recíprocas, para solucionar el conflicto.

La mediación: Vado Grajales indica que *la mediación es el procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquéllas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no formula propuestas.*²²

La conciliación: El autor en comentario refiere que *la conciliación es el procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquéllas para que*

²⁰ VADO GRAJALES, Luis Octavio. "Medios Alternativos de Resolución de Conflictos". Artículo publicado en página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>. Visitado el 11/12/12.

²¹ ESTAVILLO CASTRO, Fernando. "Medios Alternativos de Solución de Conflictos". Artículo publicado en página web. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf>. Visitado el 11/12/12.

²² VADO GRAJALES, Luis Octavio. Ob. Cit. p, 381.

*puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución, y que además formula propuestas de solución.*²³

El arbitraje: Asimismo, define al *arbitraje que es el sometimiento de un litigio a un tercero neutral ajeno a las partes que lo deciden mediante una resolución, llamada laudo, vinculativa para las partes*²⁴.

c) La Conciliación en el Perú.

En nuestro ordenamiento jurídico – en el ámbito del derecho procesal civil – existen dos sistemas de conciliación²⁵: a) el proceso de conciliación extrajudicial o previa o preprocesal y, b) el procedimiento de conciliación judicial o procesal o intraprocesal.

Para Hinostroza Mínguez la *conciliación judicial es un acto realizado por las partes mediante el cual, y ante la presencia de un tercero (conciliador), deciden poner fin a sus diferencias y llegar a un acuerdo entre ellas. Dicho acto de concertación o avenencia entre los justiciables ante la presencia de un tercero, si es llevada a cabo al interior de un proceso – siendo el último de los nombrados, por ende, un magistrado-, es conocido como conciliación judicial o procesal o intraprocesal.*²⁶

La conciliación será posible siempre se que trate de derechos disponibles según lo dispone el artículo 325 del T.U.O. del Código Procesal Civil, debiendo en acto nulo el acto jurídico contrario a las leyes que

²³ *Ibíd.* p. 382.

²⁴ *Ibíd.* p. 386.

²⁵ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2001) “Manual de consulta rápida del proceso civil”. Primera edición. Editorial GACETA JURÍDICA S.A. Lima. p. 245.

²⁶ *Ibíd.* p. 246.

interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del T.P. del Código Civil).

Pablos de Molina manifiesta que la *conciliación y la mediación no parecen mecanismos idóneos para abordar no conflictos de particular gravedad, disputa de mínima importancia. Los delitos graves no pueden sustanciarse a través de estos procedimientos desformalizadores por razones elementales de prevención general. Pero reservar la conciliación y la mediación a infracciones de mínima relevancia tampoco se justifica, porque persiguiendo los mismos ambiciosos objetivos pedagógicos (cambios actitudinales cualitativos a través de un fecundo proceso de intervención infractor – víctima) lo que un derroche de medios y una intervención lenta, costosa y laboriosa, sería desproporcionado el esfuerzo con relación precisamente a infracciones leves, bastando entonces con el recurso de multa o a la mera afectación del infractor*²⁷.

En efectos la estructura de los delitos de los delitos considerados leves o de poca relevancia jurídica es la misma estructura de los delitos graves; por tanto, no es posible darles un tratamiento diferente; más aún, si con el criterio de oportunidad a nivel preliminar se trasgrede los principios constitucionales que orientan el sistema procesal penal peruano, como son el principio de jurisdiccionalidad, presunción de inocencia y derecho de defensa. Entonces, para salvar las garantías y principios en juego, sería mejor despenalizar esas conductas consideradas de poca relevancia jurídica y darles un trato administrativo como una multa en vez de pena.

²⁷ PABLOS DE MOLINA, Antonio García. (2009). *“Derecho Penal Parte General Fundamentos”*. Primera edición. Editorial Jurista Editores E.I.R.L. Lima, p18.

CAPÍTULO III

3.- Teoría de la pena.

La pena *puede ser definida como la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable*²⁸. Bajo este punto de vista, la pena no es sino el reflejo de la verificación ideológica del propio Estado; por lo que, no es neutral, como tampoco lo es el Estado, ya que mediante la pena, el Estado demuestra su existencia frente a todos sus ciudadanos.

La pena y Estado son conceptos íntimamente relacionados entre sí. El desarrollo del Estado lleva consigo el de la pena. La culpabilidad, consecuentemente, como fundamento de la sanción jurídica, ha tenido que adaptarse necesariamente a tales cambios²⁹. Bustos Ramírez y Hormazábal Malaree, en su completo estudio sobre Pena y Estado³⁰, *han señalado que la pena debe analizarse, para una mejor y más amplia comprensión, teniendo en cuenta el marco soci-económico y la imperante forma de Estado en que tiene desarrollo tal sistema sancionador.*

Estado, pena (su función, sentido y finalidad) y culpabilidad, conforman conceptos cambiantes, entre los que existen lazos bastante fuertes. Es evidente la relación entre una teoría determinada de Estado con una teoría de la pena, y entre la función y finalidad de la pena con el concepto dogmático de

²⁸AVILA, K. (2007). *"Aproximación al Estudio de la Pena desde una Perspectiva Crítica"*. Universidad de Zulia. Instituto de Criminología. Vol. 5 N° 1. Maracaibo-Venezuela.

²⁹VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *"Las Teorías de la Pena"*, en sitio web: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>, visitado el 20/11/2012.

³⁰BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBL MALAREE, Hernán. (1982). *"Pena y Estado"*. Ed. Temis. Bogotá. p. 117.

culpabilidad que se haga valer. Así, al igual que evoluciona la forma del Estado, el Derecho Penal evoluciona, tanto en el plano general, como en cada uno de sus conceptos fundamentales, pues como bien afirma Von Liszt por el *perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal*³¹.

Un concepto dogmático como el de culpabilidad requiere, a juzgar por la delicada e importante función que está llamado a realizar (esto es, fundamentar el castigo estatal), de una justificación lo más clara posible del por qué y para qué de la pena.

Siendo así, es importante incidir, con Hassemer, que los fines de la pena, como teorías que indican la misión que tiene la pena pública, son un medio adecuado para concretar el juicio de culpabilidad. *Al dar sentido a la pena, pueden también dársele al juicio de culpabilidad. Una concreción del juicio de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena promete, además, una armonización del sistema jurídico –penal, un encadenamiento material de dos sectores fundamentales, que son objeto hoy de los más graves ataques por parte de los críticos del Derecho Penal*³².

La vinculación tan cercana entre pena y culpabilidad nos exige, sin lugar a dudas, detenernos a analizar los contenidos de cada una de las teorías, por lo menos de las tres más importantes: teorías absolutas, teorías relativas; prevención general y prevención especial, y teorías de la unión.

³¹ VON LIZST, Franz, (1927). “*Tratado de Derecho Penal*”, trad. De Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid. p. 390. Citado por VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, en su artículo “*Las Teorías de la Pena*”, en sitio web: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>, visitado el 20/11/2012.

³² HASSEMER, Winfried. (1984). “*Fundamentos de Derecho Penal*”. trad. De Francisco Muñoz Conde, y Luiss Arroyo Zapatero. Ed. Bosch. Barcelona.

A decir de Rafael Alcácer Guirao puede decirse que el fin de la pena es la prevención de las acciones, pero este fin sólo es, a su vez, medio para un fin ulterior, el Derecho Penal, consistente en la protección de los bienes jurídicos.³³

3.1.- Teorías absolutas de la pena: teoría de la retribución.

Una idea de pena en sentido absoluto se comprende mejor cuando se le analiza simultáneamente con el tipo de Estado que le da vida. Así, las características más significativas del Estado absolutista, eran la identidad entre soberano y Estado, la unidad entre moral y Derecho, entre el Estado y la religión, además de la metafísica aseverándose inclusive que el poder del soberano le había sido otorgado directamente por Dios³⁴.

La Teoría del Derecho divino corresponde a una edad en la que no solamente la religión, sino la teología y la política, se encuentran confundidas entre sí. En la persona del rey se concentraba no sólo el Estado, sino todo el poder legal y de justicia. La idea que se tenía entonces de la pena era la de ser un castigo con el que se expiaba el mal – pecado-cometido. En cierto modo, bajo el régimen del Estado absolutista, se imponía una pena a quien, revelándose contra el soberano, se revelaba asimismo, en sentido más que figurado, contra el mismo Dios.

³³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2001). *“Los Fines del Derecho Penal Liberamismo y comunitarismo en la justificación de la Pena”*. Primera edición. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

³⁴ NEVILLE FIGGIS, John. (1970). *“El Derecho divino de los Reyes”*, trad. De Edmundo O’gorman, Fondo de Cultura Económica. México. Citado por VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, en su artículo *“Las Teorías de la Pena”*, en sitio web: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>, visitado el 20/11/2012.

Al Estado absolutista se le identifica también como un Estado de transición. Es el estadio necesario entre la sociedad de la Baja Edad Media y la Sociedad liberal. Se aprecia en este periodo el incremento de la burguesía y una notable acumulación de capital. Obviamente, ante el efectivo desarrollo que esta nueva clase social estaba experimentando, cobraría importancia la implementación de medios para proteger los capitales producto de la pujanza de los nuevos capitalistas. En tal sentido, *“la pena no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista”*³⁵.

Con la aparición del mercantilismo, el Estado absoluto inicia un proceso de descomposición y debilitamiento. Surge el Estado burgués teniendo como fondo la teoría del contrato social: *el Estado es una expresión soberana del pueblo y con esto aparece la división de poderes*³⁶.

Bajo esta concepción liberal del Estado, la pena ya no puede seguir manteniendo un fundamento basado en la ya disuelta identidad entre Dios y soberano, religión y Estado; la pena es concebida, pues, como *“la retribución a la perturbación del orden (jurídico) que se han dado los hombres y consagrado por las leyes, la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido. A la expiación sucede la retribución, la razón divina es reemplazada por la razón de Estado, la ley divina por la ley de los hombres”*³⁷.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBL MALAREE, Hernán. Ob.Cit. p. 117.

³⁶ Ibid. p. 118-119.

³⁷ Ibid. p. 120.

Al tener el Estado como presupuesto político la teoría del contrato social, su actividad en materia jurídico-penal la reduce a evitar la lucha entre los individuos agrupados bajo la idea del consenso social. Así, el individuo que contrariaba ese contrato social era calificado como traidor, en la medida en que con su actitud no cumple con el compromiso de mantener la organización social, producto de la libertad natural u originaria, lo que le conduce a no ser considerado más como parte de ese conglomerado social, sino como un rebelde al que se puede retribuir su culpabilidad con una pena.

En concordancia con este esquema retribucionista, surge la idea de que el fin de la pena es el de realizar la justicia y no otro. *“La culpabilidad del autor debe ser compensada con la imposición de un mal que es la pena, y el fundamento de la sanción estatal se halla en el cuestionable libre albedrío, entendida como una capacidad de decisión del hombre para distinguir entre lo justo y lo injusto”*³⁸.

Mediante la imposición de la pena absoluta no cabe imaginarse ningún otro fin que no sea única y exclusivamente alcanzar la justicia. La pena es un fin de sí misma. Según los partidarios de esta teoría, con la aplicación de la pena se consigue la realización de la justicia, la cual exige, frente al mal causado por un individuo, un castigo que compense tal mal y retribuya al mismo tiempo a su autor. Se castiga porque se ha delinquido, lo que equivale a decir que la pena es sencillamente la consecuencia jurídico-penal del delito cometido.

³⁸ *Ibíd*em

En resumen, conforme lo refiere Alejandro Solís Espinoza, *las doctrinas absolutas miran a la pena como un fin en sí mismo, siendo sus fundamentos muy variados, desde la retribución divina (Stahl), retribución moral (Kant), retribución jurídica (Hegel), retribución vindicativa (Duhring) o expiatoria (Kohler)*³⁹.

En efecto, Hegel concibe a la pena como la negación de la negación del derecho. Por lo tanto, *“...en la medida que la negación de una negación es la afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple entonces un papel restaurador o retributivo. El valor absoluto trascendente a conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho. Pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa. De esta manera, según cuál sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado.”*⁴⁰

Para Kant la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo debe ser una pena justa, proporcional al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad.

³⁹ SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1999). *“Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal”*. Editora FECAT E.I.R.L. Lima. p. 15.

⁴⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan. (2004). *“Derecho Penal Parte General”*. ARA EDITORES. Lima. p.524.

Para Claus Roxin⁴¹ la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido.

La teoría retributiva de la pena es criticada por cuanto la pena entendida como retribución no parece compatible con un Estado democrático. Pues que la teoría retributiva en Kant entienda que la pena sólo consista en una venganza, no es compatible con la dignidad de la persona. Sin embargo conforme refiere Víctor Prado Saldarriaga⁴² *“...una proyección ideológica de las teorías absolutas o de la retribución se encuentran todavía en las constantes referencias que la doctrina formula sobre el principio de culpabilidad como base y como límite de la penalidad y sobre el principio de proporcionalidad como garantía para la determinación legal y judicial de las penas...”*

3.2.- Teorías relativas de la pena.

Guardan una notable diferencia con las teorías absolutas, en la medida que buscan fines preventivos posteriores y se fundamentan en su necesidad para la continuidad del grupo social.

Para las teorías preventivas, la pena no pretende retribuir el hecho delictivo cometido, sino prevenir su comisión. Si el castigo infringido al

⁴¹ ROXIN, Claus. (1996). *“Derecho Penal. Parte General”*. Editorial Civitas S.A. Madrid. P. 81-82.

⁴² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2010). *“Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios”*. Idemsa. Lima. p. 25.

autor del delito se impone sólo porque se ha delinquido, en las teorías relativas la pena se para que no se delinca.

La formulación más antigua de las teorías relativas suele atribuirse a Séneca quien, tomando del Protágoras de Platón, afirmó “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”,⁴³ lo que significa que ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque. Así se deja de lado la teoría mística de la expiación, pues no la concibe como un medio de restablecer por el sufrimiento el orden. No obstante sus claras diferencias, en ambas teorías la pena se considera como un “mal” necesario. No obstante, esta necesidad de la pena no se basa en la idea de realizar la justicia, sino en la función de inhibir, hasta donde sea posible, la comisión de hechos delictivos.

La función preventiva asignada a la pena se divide, a partir de Feuerbach, en dos direcciones cuyos objetivos bien determinados, a saber son: prevención general y prevención especial.

3.3.- La prevención general.

a) La prevención general intimidatoria.

Un desarrollo posterior del Estado capitalista hacía necesaria una readecuación de la concepción de la pena. Las teorías prevencionistas surgen en la transición del Estado absoluto al Estado liberal. La consecuencia de ello ha sido señalada acertadamente por Bustos Ramírez y Hormazábal Malaree, al poner de manifiesto que el cambio de

⁴³ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. p. 347

absolutista a liberal experimentado por el Estado llevó “a fundamentar la pena utilizando los planteamientos que los filósofos de la Ilustración opusieron al absolutismo, esto es, de Derecho natural o de estricto laicismo: libre albedrío o miedo (racionalidad). En ambos, en el fondo, se sustituye el poder físico, el poder sobre los cuerpos, por el poder sobre el alma, sobre la síquis”⁴⁴.

Entre los defensores de una teoría preventiva general de la pena se cuentan, entre otros, Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer, y Feuerbach, siendo éste último autor el formulador de la teoría de la coacción psicológica, una de las primeras representaciones jurídico-científicas de la prevención general.

Para Feuerbach, “la pena previene en forma general los delitos porque es una intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos que reprimirán su impulso delictivo cuando sepan que inevitablemente seguirá la imposición de una pena a su hecho delictivo.”⁴⁵ En efecto, según concibe la pena Feuerbach ésta es una amenaza de la ley contra los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos, pues, una “coacción psicológica” con la que se pretende contrarrestar el fenómeno delictivo.

En ese mismo sentido afirma Roxin⁴⁶ que el fin de la pena en esta concepción se expresa en *la influencia sobre la comunidad, que mediante*

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBL MALAREE, Hernán. Ob. Cit. p. 122.

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob cit. p. 527.

⁴⁶ ROXIN, Claus. Ob cit. p. 84.

amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.

En resumen, son dos las ideas básicas en que se fundamenta esta teoría: la idea de la intimidación o de la utilización del miedo, y la ponderación de la racionalidad del hombre.

Las críticas a esta teoría señalan que resulta incompatible con el Estado Social y Democrático de Derecho; pues resulta cuestionable la utilización de una coacción psicológica, el miedo y la instrumentalización de la persona. Pues la prevención general no ha podido superar la consecución de un fin. Esta crítica parte del postulado ético kantiano en el sentido de que el hombre no puede ser utilizado como medio para las intenciones de otro porque es un fin en sí mismo.

Asimismo, desde una perspectiva de garantías el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin socio-político de evitar futuras infracciones. Ello puede llevar a una inflación de la pena y al terror penal, hacia el autoritarismo y la arbitrariedad.

b) La prevención general positiva o integradora.

Constituye un intento que pretende superar de las críticas formuladas a la prevención general intimidatorio que es calificada como

negativa. Se inclina por una prevención general más amplia cuyo objetivo es perseguir la estabilización de la conciencia del derecho.

Así, “las fundamentaciones de la prevención general positiva parten de la consideración del Derecho Penal como un control social más, sólo que formalizado. En cuanto está formalizado está limitado por los derechos fundamentales de la persona. En tanto que la finalidad perseguida por la imposición de la pena trasciende del Derecho Penal a la sociedad y, en consecuencia, se espera que produzca consecuencias en la relación social, concretamente de estabilizar la conciencia del derecho”.⁴⁷

Sus defensores postulan la orientación del Derecho Penal desde dichas consecuencias externas. Por ello necesariamente el derecho penal debe conectarse con los demás controles sociales y, en general, con las ciencias que estudian los fenómenos sociales.

Esta postura es criticable por cuanto parte de una presunción absoluta: la capacidad motivadora de la norma. Ello presupone a la idemostrabilidad empírica, la consideración de una racionalidad absolutamente libre en el hombre y la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos y motívaes por la norma penal. Además tampoco logra superar las objeciones que ponen de manifiesto su incompatibilidad con el Estado Social y Democrático de derecho, como la manipulación del hombre, resultando inadmisibile tal

⁴⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob cit.p.529.

instrumentalización del hombre. Este es el “defecto ético-social” de la prevención general señalado por Sauer, *ningún individuo, bajo ninguna justificación, debe ser castigado en beneficio de otros*⁴⁸. Sauer, refiere otra importante censura a la prevención general surgida de su exigencia para legisladores y jueces de establecer e imponer, respectivamente, penas muy altas que incluso llegan a superar la medida de la culpabilidad del autor del delito.

3.4.- La prevención especial o individual.

a) Prevención especial positiva.

A través de la pena admonitoria se intenta advertir o llamar la atención al autor de un delito para que se abstenga de delinquir en el futuro: *“la pena admonitoria juega un papel especialmente importante respecto de delincuentes primarios y escasamente peligrosos. Normalmente la función admonitoria de la pena se consigue a través de penas no privativas de libertad (v. gr. Pena de multa) o de penas cortas privativas de libertad.”*⁴⁹

Así, a través del fin resocializador de la pena se pretende inculcar científicamente al individuo para que internalice su respeto la ley, así

⁴⁸ SAUER, Guillermo, Derecho penal, parte general, trad. De Juan del Rosal y Cerezo Mir, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, p. 19. Citado por VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, en su artículo “LAS TEORÍAS DE LA PENA”, en sitio web: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>, visitado el 20/11/2012.

⁴⁹ LÓPEZ PEREZ, Luis. “*Apuntes sobre la Prevención Especial o individual de la pena*”. En sitio web http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Prevencion_Especial.pdf. Visitado el 14/MAR/2010.

como repeler sus necesidades que lo pueden empujar a cometer nuevos delitos. Expresamente refiere que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

b) Prevención especial negativa.

Señala que la pena trata de evitar que el autor exprese su mayor o menor peligrosidad en sus relaciones sociales (inocuidación).

*La pena inocuidadora dirige sus consecuencias sobre quienes habiendo delinquirido no necesitan de resocialización como son los casos de los delincuentes por convicción.*⁵⁰

Se afirma que la inocuidación es efectiva cuando mediante la pena se anula totalmente la causa del delito: la pena de muerte y la cadena perpetua para los delincuentes, terroristas, violadores, etc.

3.5.- Teorías eclécticas o de la unión.

Estas teorías procuran demostrar que la pena apuntaría hacia varios “fines”, los cuales tienden a una interrelación y complementación que se produce en el marco de un proceso dialéctico de límite y utilidad. Surge de esta manera una contradictoria vinculación entre retribución, prevención general y prevención especial.

⁵⁰ GARAYCOTT ORELLANA, Norman (1998). “Comentarios al Código de Ejecución Penal”. Editorial San Marcos. Lima. p. 17-19.

En este sentido Enrique Bacigalupo señala: *“Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad de reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dichos en otras palabras, la pena será legítima para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores justicia y utilidad que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contempladas sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos en las “teorías” que estamos estudiando.”*⁵¹

3.6.- Teoría adoptada por nuestro ordenamiento jurídico: fin resocializador de la pena.

Nuestro ordenamiento jurídico ha constitucionalizado la teoría de la prevención especial positiva. Así, el inciso 22 del Artículo 139 de la nuestra Constitución Política consagra el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

En este sentido, Joaquín Urias⁵² refiere que *“la “reeducación” alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un*

⁵¹ BACIGALUPO, Enrique (1996). *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*. Tomo III. Themis. Bogotá. p. 32.

⁵² URIAS MARTINEZ, Joaquín. *“El Valor Constitucional del Mandato de Resocialización”*. En Revista Española de Derecho Constitucional N° 63, Septiembre/Diciembre 2001.p.45. citado por

recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad. En cambio la expresión “reincorporación social” nos remite al resultado fáctico de recuperación social del condenado, originalmente considerado antisocial. Recuperación que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. La “rehabilitación” expresa más un resultado jurídico, esto es, un cambio en el estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad. En este sentido por rehabilitación se entiende la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos...”

Si bien la constitución no hace mención a la “resocialización”, conforme indica Joaquín Urias, este concepto comprende tanto al proceso reeducativo como al resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación.

En consecuencia, la constitución reconoce literalmente en el mandato de resocialización un principio constitucional. Este carácter determina un efecto vinculante con respecto al legislador penitenciario general y su aplicación ha de estar en consonancia con los objetivos que marca la constitución, en nuestro caso con la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad.

MONTOYA VIVANCO, Yván. (2008). “La Constitución Comentada.” Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. p. 634.

En ese mismo sentido, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal prescribe: La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

El fin de resocialización del reo, busca el reintegro y la adaptación social del individuo condenado a una pena privativa de la libertad. Por tal razón, uno de los elementos que permite una eficaz resocialización del sujeto, es la proporcionalidad y utilidad de la pena, en el sentido que el castigo impuesto al individuo que realizó la conducta punible no sobrepase su dignidad como ser humano, ni transgreda el núcleo central de sus derechos fundamentales, ya que estos puede ser limitados por medio de la pena más no transgredidos. Así lo asevera Juan Fernández Carrasquilla al afirmar *“que el exceso hace perder a la pena su carácter jurídico o legítimo (...) Y como no se trata de un ius talionis, ni existe una objetiva escala compositiva, la fijación de aquella proporcionalidad es político-axiológica, habida siempre cuenta de lo que es estrictamente necesario y útil para la tutela de la sociedad, la protección de la víctima y la protección del reo. La pena, que es un mal necesario, no debe sobrepasar la medida de la necesidad social (la protección de bienes jurídicos primarios) en que se inspira, ni infligir al reo sufrimientos innecesarios; debe, en suma, ser el menor mal posible para la sociedad y para el delincuente. Su fundamento o razón de ser no es otro que la necesidad socio-política de la defensa del orden jurídico y la garantía de las condiciones mínimas de la existencia social pacífica, pero nunca se impone, en un estado de derecho, por encima de las necesidades de*

*protección de bienes jurídicos, ni por fuera del marco subjetivo de la culpabilidad*⁵³

En relación con el fin de resocialización, la pena además de ser jurídica, pública y judicial, debe fundamentarse en la necesidad, utilidad y proporcionalidad, ya que de estos tres factores dependerá que el castigo impuesto por el Estado no sobrepase la dignidad del reo, facilitando su proceso de rehabilitación. Además del carácter de necesidad, la pena debe ser útil para generar la recuperación y readaptación social del sujeto. Es decir, la pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil.

Otra característica que la pena debe tener para generar la resocialización del individuo es la proporcionalidad. Esta se obtiene con la comparación entre el daño ocasionado por el delito y el daño causado por la pena. Según Fernández Carrasquilla, *“el estado actual de la relación de razonable proporción entre delito y pena, que desde luego no es natural ni matemática sino valorativa, es el de hacer depender la gravedad de la pena, en abstracto y en concreto, de dos parámetros fundamentales: la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad.”*⁵⁴

⁵³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. (1989). *“Derecho penal fundamental”*. Temis. Bogotá. pág. 88.

⁵⁴ *Ibidem*.

Por otra parte, dentro del individuo, deben de existir los factores psicológicos para poder llevar a cabo el proceso de resocialización. Estos factores son: la aceptación de culpa por la acción ilícita cometida, el remordimiento por el ilícito cometido, el temor al castigo y el padecimiento de este, la reflexión y el entendimiento de la conducta punible y el castigo recibido, la interiorización de los valores de la sociedad y del espíritu de las leyes, el arrepentimiento y por último el aprendizaje sobre la experiencia propia obtenida del acto punible. Estos son factores esenciales que el individuo debe estar en capacidad psicológica de realizar para poder llegar a la consecución de la resocialización.⁵⁵

⁵⁵ VELÁSQUEZ, Fernando. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. pp. 493 -503.

CAPÍTULO IV

4. Sistema procesal penal.

4.1.- Antecedentes:

a) **Sistema acusatorio:** El sistema acusatorio es el primer sistema procesal penal que aparece en la historia, *este Sistema es anterior al inquisitivo y se levanta a partir de una concepción privatista en el que el agraviado encausa sus intereses a través de un proceso que moviliza a su impulso, cuya característica principal es la discusión entre dos partes frente al juzgador*⁵⁶. Asimismo, también la acusación se encontraba en manos de los parientes del ofendido: “(...) *La acusación corresponde al ofendido y sus parientes, posteriormente se amplía a cualquier ciudadano. El juez estaba sometido a las pruebas que presentaban las partes, no podía hacer una selección de las mismas, ni investigar el hecho delictivo.*”⁵⁷

Entonces se puede advertir que en este sistema procesal penal las tareas estaban repartidas en cuanto al juzgamiento y la acusación, puesto que recaen en diferentes sujetos procesales, ya que el juez no puede realizar investigaciones por su propia cuenta.

Este sistema predominó en la república helénica y romana: “*el sistema acusatorio tuvo su forma más pura en la república helénica y en los últimos tiempos república romana. Esta forma de enjuiciamiento penal dominó todo*

⁵⁶ ROSAS YATACO, Jorge. (2009). Ob. Cit. p, 114.

⁵⁷ MELGAREJO BARRETO, Pepe. (2006). “*El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal*”. Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. Primera Edición. Lima. p, 52.

el mundo antiguo”⁵⁸, predominado los principios de contradicción, oralidad y publicidad; y, sus características principales son:

- *La persecución del delito es privada, la investigación queda al libre albedrío de la persona perjudicada o de sus parientes. Posteriormente correspondió a los ciudadanos con la incorporación de la acción popular, no siendo afectado por el hecho delictivo ejercitándolo en nombre de la comunidad y en casos exclusivamente públicos. Al no existir el Ministerio Público el proceso no podía iniciarse sin la acción de parte.*

- *Abierto el proceso, su desarrollo continúa con la investigación aún a pesar de que el acusador abandone la acción. Sin embargo los sujetos procesales tienen un rol protagónico con la aportación de pruebas. Pues el juez adolece de libertad de investigación, así como para la selección de pruebas, restándole sólo el examen de las pruebas alegadas en la acusación.*

- *Este sistema en puridad solamente es factible con la presencia de un jurado integrado por personas honorables, las mismas que decidirán en su veredicto, así también controlando posibles excesos de los magistrados.*

- *Principios básicos de este sistema son la publicidad, oralidad y contradicción. El procedimiento consiste, en lo sustancial, en un debate público, oral, continuo y contradictorio. Los jueces que integran el tribunal perciben los medios de prueba, los fundamentos y las pretensiones que ambas partes introducen y resuelven según esos elementos.*

⁵⁸ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p, 114.

- *En la valoración de la prueba impera el sistema de la íntima convicción, según la cual los jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba. Así, la sentencia es el resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los Jueces.*

- *Con la relación al acusado, éste es sujeto de derechos, colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el proceso no varía decididamente hasta la condena; se admite la posibilidad excepcional de privar al imputado de su libertad.”⁵⁹*

b) Sistema inquisitivo: Ulteriormente en la edad media se instaura el sistema inquisitivo que corresponde a una idea de concentración del *iuspuniendi* absoluta: “*este sistema, surge con los regímenes monárquicos y se perfecciona con el Derecho canónico; pasa luego a las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII Y XVIII. Viene a ser una contrapartida al sistema acusatorio, basado a una concepción absoluta del poder central y totalitario. Bajo este sistema, la función de acusación y decisión está en manos del Juez. El proceso se desarrolla según los principios de la escritura y el secreto. La Iglesia fue el primer poder que pasó del procedimiento acusatorio al inquisitivo. Este tipo, de procedimiento dio vida a un proceso penal autoritario, despojado de todo individualismo. Adquirió una tendencia impregnada de la técnica, y se dirigió principalmente a obtener la confesión del imputado como de lugar, por*

⁵⁹ MELGAREJO BARRETO, Pepe. Ob. Cit. p, 53.

cuanto con ella el imputado, en este caso el penitente conseguía -dice- salvar su alma. El sistema inquisitorial se basaba en la investigación del delito de herejía realizada por los inquisidores quienes en cumplimiento de su función, hacían el papel de jueces. No era necesario que existiera una denuncia o acusación; podían inquirir, es decir, investigar, cualquier indicio razonable que lo llevara a sospechar la existencia de personas o grupos heréticos.”⁶⁰

Este sistema inquisitorial estaba basado en la investigación y juzgamiento que realizaba el juez inquisidor, no siendo necesaria la denuncia de parte para que iniciara la investigación, sino que lo podía hacer de oficio si creía que existía indicios de la comisión de un delito, fundamentalmente se investigaba la herejía.

Las características principales de este sistema son:

“- En cuanto a la jurisdicción, le corresponde a la autoridad máxima – sea rey, emperador o monarca – el cual delega esta facultad a través de sus funcionarios.

- Es el Estado quien promueve la presión de los delitos por el interés es de todos. El proceso no depende de la voluntad de los particulares, en tanto la instrucción se inicia sin conocimiento del instruido.

- El Juez está investido de una potestad permanente para actuar de oficio, investigar, buscar, adquirir y valorar las pruebas al margen de la voluntad de los sujetos procesales, para luego sancionar lo delitos cometidos. Reúne la del juez, acusador y defensor a la vez.

⁶⁰ Ibid. pp, 54 - 55.

- *Los principios que se desenvuelven en este sistema son la predominancia de la escritura, y que las diligencias sean secretas.*

- *El acusador y el tribunal desaparecen para dar paso al inquisidor con potestades supra legales.*

- *El acusado es considerado como un objeto de la persecución penal, al que no sólo se desconoce su dignidad, ni se le respeta ningún derecho, sino que se le pone a su cargo la obligación de colaborar con la investigación, deber que se exige, generalmente, mediante el uso de la tortura.*

- *El sistema de valoración de la prueba no es libre si no tasada.*⁶¹

c) Modelo mixto: Sistema que es una especie de combinación de los dos sistemas explicados anteriormente y aparece con el advenimiento del Iluminismo y de la Revolución Francesa, de los Estados modernos. Estructuró el proceso en dos etapas: la fase de la instrucción, inspirada en el sistema inquisitivo por ser escrita y secreta, y la fase del juicio oral con marcado acento acusatorio, basado en la contradicción, oralidad y público.⁶² Sus principales características son:

- *El ejercicio de la acción penal, corresponde a un órgano estatal (Ministerio Público).*

⁶¹ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p, 117.

⁶² MELGAREJO BARRETO, Pepe. Ob. Cit. p, 55

- *El proceso penal se divide en dos etapas contradictorias: la instrucción y el juicio oral.*
- *Ambas etapas son encargadas a órganos diferentes (Juez Penal y Sala Penal Superior).*
- *La prueba recolectada en la instrucción es merituada según el sistema de la libre convicción esto es, a criterio y poder discrecional del juez, en el juicio, también llamado el método de la sana crítica.*
- *El imputado es sujeto de derechos, cuya posición jurídica durante el proceso le corresponde de un inocente, vale decir, se presume inocente mientras no sea declarado responsable penalmente con una sentencia y es el Estado a través del Ministerio Público, quien debe demostrar con certeza la culpabilidad del acusado y no éste el que debe construir su inocencia.⁶³*

4.2.- El sistema procesal penal acusatorio garantista.

a) Nociones generales.

En la actualidad, el modelo garantista de Justicia penal resurge en el escenario político-jurídico rescatando la estructura de principios que se encuentra en la base del constitucionalismo social, cuya máxima consiste, en líneas generales, en el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad, el nexo de legalidad y libertad y, por último, la humanización del sistema de penas.

⁶³ Ibidem.

El Código Procesal Penal de 2004 acoge este modelo garantista, se basa en una división de funciones, colocándose en iguales condiciones, por un lado al acusador (fiscal), quien persigue penalmente y ejerce la función requiriente, por otro lado al imputado que puede resistir y contradecir la imputación, ejerciendo su derecho a la defensa y finalmente el Juez como órgano dirimente decide la función de fallo. La investigación, es conferida al Ministerio Público -como titular del ejercicio de la acción penal pública- y el enjuiciamiento al órgano jurisdiccional -Juzgados Penales, constituidos en órganos colegiados o unipersonales.⁶⁴

b) Características.

Este sistema procesal penal según lo manifiesta Reyna Alfaro citando a Constante Ávalos Rodríguez se caracteriza porque en aquél (sistema procesal adversarial) las diversas etapas o fases del proceso penal se entienden como espacios de enfrentamiento o de interacción entre sujetos y partes (adversarios) con pretensiones, por lo general, divergentes (de culpabilidad o de inocencia) y cuyo vencedor debe ser determinado por un tercero imparcial, el juez.⁶⁵ Es así, que se delimitan las funciones de las partes en el proceso; las características se pueden resumir de la siguiente manera:

- Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Público, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este organismo

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2009). "La Terminación Anticipada en el Código Procesal Penal". Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. Primera Edición. Lima. p, 116.

con exclusión (o mínima intervención) generalmente limitada a la pretensión civil de particulares sean o no ofendidos por el delito.

- Atribución del Ministerio Fiscal de la competencia para las causas penales, sustituyendo al juez instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.⁶⁶

Si este modelo es correctamente implementado, permitirá la realización de los fines del proceso penal, con el respeto a los derechos fundamentales, pues la investigación se encuentra en manos del representante del Ministerio Público y el órgano judicial, quien juzgará, será un ente imparcial.

c) Principios.

Los principios pilares de este sistema procesal penal son *los principio de igual de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad.⁶⁷*

El principio de igual de armas, indica que las partes en el proceso tendrán un trato igualitario, por lo que este principio según Reyna Alfaro “*es la piedra de toque sobre la cual descansa el nuevo modelo procesal debido a que permite reducir las desigualdades propias de los diversos sujetos. No puede dudarse que el Ministerio Público posee un posición de superioridad respecto a los restantes sujetos procesales, situación basada en sus características innatas (organización, facultades, apoyo de la policía nacional, etc.) siendo necesario dotar a los restantes actores del proceso*

⁶⁶ MELGAREJO BARRETO, Pepe. Ob. Cit. p, 56.

⁶⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. Cit. p, 27.

*penal de herramientas que reduzcan dichas diferencias. El principio de igualdad de armas y sus contenidos sirven a dicho propósito.*⁶⁸

El principio de imparcialidad según refiere Werner Goldschmidt es el fundamento del proceso civil, penal, contencioso-administrativo, en fin: del proceso como tal⁶⁹. Se deriva de la función que cumple el juzgador como tercero imparcial, basado en la legalidad cumple con decidir en el caso puesto a su conocimiento, el juez se convierte *en un moderador garantista de la instrucción confiada al fiscal.*⁷⁰

Por el principio de contradicción las partes en el proceso pueden controvertir las pruebas presentadas, *convirtiéndose el proceso en un terreno de enfrentamiento dialéctico con el propósito de convencer al juez sobre su pretensión.*⁷¹

La oralidad será el instrumento más adecuado para el propósito de debatir las pretensiones de las parte del proceso.⁷²

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. “*La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso (la parcialidad y la parcialidad)*”. Revista publicada en la página web: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf. Visitado el 10/11/11.

⁷⁰ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. Cit. p, 27

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.*

CAPÍTULO V

5.1.- El Ministerio Público.

a) Antecedentes históricos.

Según el autor Rosas Yataco, la partida de nacimiento del Ministerio Público tuvo lugar en Francia con los denominados “*Procureurs du roi*” (procuradores del rey) cuya función era la defensa del príncipe e intereses del Estado, y luego en el siglo XVI de los “*ad vocats du roi*” (abogados del rey)⁷³; agrega que, *en su origen el Ministerio Público defiende los intereses del Rey y con el transcurso del tiempo, su área de actuación se ve ampliada al ámbito público, interviniendo ya no sólo en asuntos que interesaban a la corona por su contenido económico fiscal, sino también a la persecución de infracciones que atentaban contra los miembros de la comunidad.*⁷⁴

b) Breve reseña histórica del Ministerio Público en el Perú.

El autor en comentario nos indica que *como antecesor más remoto, pero sin tener el carácter institucional que sólo se adquiere en la época republicana, el funcionario defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias. Esta función se fortalece al instalarse, en mayo de 1542, la Real Audiencia y Cancillería de Indias y, luego, la del Cuzco.*

Indica además que *desde el Reglamento Provisional de San Martín de 1821 hasta la Constitución de 1933, el Ministerio Público ha formado parte*

⁷³ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p, 291

⁷⁴ Ibidem.

*del Poder Judicial, habiendo adoptado recién la denominación de Ministerio Fiscal con la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 1510, de 28 de julio de 1912, y fue el Decreto Ley N° 14605 de 25 de julio de 1963 que deroga la anterior y lo llama ya Ministerio Público.*⁷⁵

La Constitución Política del Estado de 1979 concibe al Ministerio Público como un órgano autónomo, extrapoder, jerárquicamente organizado, desprendiéndose así del Poder Judicial. Con la Constitución de 1993 reafirma la autonomía del Ministerio Público, otorgándole, entre otros, la función de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia.⁷⁶

c) Concepto.

*El jurista César San Martín Castro refiere que el Ministerio Público, institución que es herencia del Iluminismo, es concebido en el art. 158° de la Constitución nacional como un órgano autónomo, extrapoder, cuya principal misión es la de pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de realidad (art. 159°. 1 Const). Se trata de función postulante o requiriente, pero en ningún caso decisoria; el Fiscal pide que el órgano jurisdiccional juzgue, que realice su función, pero no juzga.*⁷⁷

⁷⁵ *Ibíd.* p, 292.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 293

⁷⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999) *“Derecho Procesal Penal”*. Volumen I. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima. pp, 163.

d) Caracteres del Ministerio Público en el Perú.

Dos son los caracteres esenciales del Ministerio Público en el proceso penal como lo indica Montero Aroca mencionado por San Martín Castro *es una parte, si bien público, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad, estando ésta interesada en su persecución, y su actuación ha de basarse en la legalidad.*⁷⁸

*La función persecutoria que la Constitución encomienda al Fiscal, destinada a la aplicación del derecho penal a los infractores de las normas jurídico-penales, permite construir un proceso penal esencialmente acusatorio. Al atribuir al Ministerio Público la titularidad de la acción penal en régimen de monopolio: el Poder Judicial no puede recibir denuncias ninguna de ninguna otra procedencia, y entregarle la conducción de la etapa de investigación o instrucción, la Ley Fundamental sencillamente ha sustraído a los jueces la función de acusar, que de esta forma recupera en esencia su exclusiva función juzgadora, con lo que constitucionalmente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo*⁷⁹; por lo tanto la tarea y función de la fiscalía si se acepta la persecución penal estatal supone la partición de tareas entre el *fiscal* y la judicatura.⁸⁰

⁷⁸ Ibid. p, 164.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ MAIER, Julio B.J. (1989) "Derecho Procesal Penal Argentino", Tomo I. Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires. p, 362.

e) El Ministerio Público en el Código Procesal Penal de 2004.

Neyra Flores nos indica los aspectos principales del cambio del Ministerio Público:

- Autonomía del Ministerio Público, la autonomía del Ministerio Público es el eje central para decidir la dirección de la investigación y responde al nuevo modelo procesal penal asumido, esto es, el acusatorio, pues un elemento importante para poder pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio es la activa participación de un Ministerio Público en el proceso de reforma procesal penal, objetivo que sólo se logra con una institución autónoma que no sea un mero auxiliar jurisdiccional como estaba concebido el Ministerio Público en el CdePP 1940.

- Del Juez instructor al Fiscal Director de la Investigación. El NCPP 2004 le asigna al Fiscal la dirección de la investigación, pues en atención al principio acusatorio, las funciones de investigar y juzgar deben estar en manos distintas, así el Fiscal en el NCPP es el encargado de la investigación tanto en las diligencias preliminares como en la investigación preparatoria propiamente dicha, entonces la función del Juez es ser un tercero imparcial que decidirá en casos específicos, sobre todo deberá intervenir cuando deba decidirse cuestiones que afecten derechos fundamentales de las partes.

Fiscal: la Dicotomía entre Imparcialidad y Objetividad. El Fiscal debe indagar no solo las circunstancias que permiten comprobar la responsabilidad del imputado, como hemos señalado líneas arriba. El amparo legal que tiene este principio en el NCPP lo hallamos en el artículo

61 inciso 2 que señala que el Ministerio Público: “conduce la investigación preparatoria, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado y solicitará al Juez las medidas que sean necesarias cuando corresponda hacerlo.” Debemos dejar en claro que la imparcialidad es un atributo de la jurisdicción, pues lo mantiene como tercero entre las partes, por ello, el Fiscal al ser parte del proceso penal no gaza del principio de imparcialidad, a él le corresponde el principio de objetividad.⁸¹

5.2.- Fiscalía e Investigación del delito

El artículo 159 de Nuestra Norma Fundamental establece que el Ministerio Público tiene como sus funciones perseguir y conducir desde su inicio la investigación del delito; además como lo señala el doctor César San Martín, atribuyó al fiscal el ejercicio de la acción penal y la promoción de la acción judicial en defensa de la legalidad (incs. 5 y 1 del art. 159°), funciones que interpretadas sistemáticamente habilitaban, sin necesidad de una norma expresa, la necesidad de que el fiscal sea el investigador, desechando la figura del Juez Instructor. En suma, el nuevo Código Político ha encargado al Ministerio Público la función persecutoria del Estado, la cual - como explica ORÉ GUARDIA - *consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados, y*

⁸¹ NEYRA FLORES, José Antonio. (2010) *“Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral”*. Editorial Moreno S.A. Lima. pp, 234-236.

*consecuentemente, de ser ello justificado, solicitar la aplicación de las penas consiguientes.*⁸²

*Al optar por este modelo de organización del sumario, la Constitución sencillamente ha hecho del fiscal una institución idónea a un sistema procesal penal acusatorio a la vez que - por la propia naturaleza del mismo - impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación, desformalizándola por completo [ALBERTO BINDER, 1994:81]. Para la estructura del proceso penal es significativa esta división funcional entre Fiscalía, incluida la policía como órgano auxiliar, y Tribunal, pues evita ampliamente el peligro de prejuicio en la obtención de la sentencia y conduce al principio acusatorio, según el cual, el juez actúa no espontáneamente, sino sólo en base a una acusación.*⁸³

Siguiendo la línea del autor citado, más allá de esta opción sistemática asumida por la Ley Fundamental, lo importante, desde una perspectiva garantista, no es quién realiza la investigación sino qué controles se instauran para evitar abusos. *El Código en este punto es bastante generoso, por cuanto:*

a) estipula que la investigación culmina en manifestaciones de mero carácter requiriente; b) sanciona que el juez es quien dicta medidas coercitivas, se pronuncia sobre la acción penal y - aunque tímidamente - interviene en los actos definitivos con la denominada instrucción suplementaria o prueba anticipada; y, c) reconoce que el defensor tiene un amplio acceso a las diligencias de investigación y puede invocar la protección judicial cuando el

⁸² SAN MARTÍN CASTRO, César. (2012) “Estudios de Derecho Procesal Penal”. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima. pp, 205

⁸³ *Ibidem.*

*fiscal demora las diligencias o no cumple sus funciones de modo objetivo e imparcial*⁸⁴.

5.3.- Institucionalidad del Ministerio Público

Lo primero que debe destacarse es que la función penal del Ministerio Público está adscrita al sistema de administración de justicia del Estado: el *ins puniendi* no puede entenderse sin la función requiriente del Ministerio Público y el respeto a los principios esenciales de enjuiciamiento penal, tales como el juicio previo y el derecho de defensa (art. 139º, mes. 10 y 14 Const.). *En este orden de ideas, si el Ministerio Público es un órgano estatal encargado de la averiguación del delito y de sus autores o partícipes, consecuentemente, debe tener determinadas características institucionales para estimarlo idóneo al fin propuesto. Si la función requiriente y la función jurisdiccional, como acota Vélez Mariconde, son especies de una misma actividad: administrar justicia, entonces, ambos órganos deben ser independientes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y sus miembros deben ser autónomos, obedecer únicamente a la ley y actuar objetiva e imparcialmente [1963: 297].*⁸⁵

La Constitución instituye al Ministerio Público como un órgano autónomo de Derecho Constitucional y, como tal, fuera de los alcances y lógica institucional del Gobierno, del Congreso y de los Tribunales (art. 15 8º). Este modelo institucional, al decir de Bustos Ramírez, es el mejor sistema, tanto en relación a la función de investigación y ejercicio de la acción pública, como también para su mayor eficiencia dentro del proceso. De este modo, se logra

⁸⁴ *Ibíd.* 206.

⁸⁵ *Ibídem.*

total objetividad e imparcialidad en su actuar, ya que no estará a disposición de la política del Ejecutivo, lo que es muy importante en la persecución de los delitos funcionales y de poder, y se evita todo rasgo de carácter inquisitivo, pues queda totalmente delimitada su función respecto de la jurisdiccional y tampoco hay supeditación de su labor a lo que resuelva la Corte Suprema, lo cual también le disminuiría su objetividad [1994:175]⁸⁶.

Los fiscales, asimismo, están organizados en su cuerpo o carrera funcional. Tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los jueces. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los miembros del Poder Judicial (art. 158° Constitucional). En suma, pertenecen al ordenamiento judicial. Esta independencia interna y su integración al ordenamiento judicial, permiten configurar un sistema de fiscales con la base material suficiente para realizar investigaciones objetivas y ajenas a directivas de otros poderes o de la propia jerarquía. Por ello se explica, a partir de una base orgánica - D. Leg. N° 052 - que cumple y desarrolla estas premisas, que el art. 60° del CPP estatuya que los Fiscales actúan en el proceso penal con independencia de criterio, rigiéndose únicamente por la ley y que el art. 65° del mismo Código conciba al Ministerio Público como una autoridad objetiva de justicia, al fijar la búsqueda de la verdad en el caso concreto como objetivo de la investigación.⁸⁷

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibid.* p, 206.

5.4.- Ministerio Público y Facultades Coercitivas

La Constitución no autoriza al Ministerio Público a dictar medidas coercitivas. Por regla general, la restricción de derechos fundamentales está reservada al Poder Judicial. Las medidas que se dictan al respecto integran, propiamente, la función jurisdiccional. Empero, la Ley Fundamental reconoce excepciones muy puntuales a esta reserva jurisdiccional. Por razones de urgencia admite la detención - reservada a la Policía - y el allanamiento administrativo (art. 2º, incisos 9 y 24 f); y, en atención a la naturaleza de determinados órganos de averiguación y de los hechos objeto de esclarecimiento, permite a las Comisiones Investigadoras del Congreso y al Fiscal de la Nación, máximo jerarca del Ministerio Público, el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (art. 2º, inciso 5)⁸⁸.

Los arts. VII del Título Preliminar y 133º del CPP señalan que la detención y las demás medidas coercitivas que afecten de modo grave los demás derechos fundamentales, sólo pueden disponerse por orden judicial debidamente motivada. El Código, en sus artículos 67º y 97º, únicamente reconoce a la Fiscalía la posibilidad de dictar la medida de conducción compulsiva para todo aquel que, en su calidad de procesado, testigo o perito, sea citado por su despacho e injustificadamente omite concurrir a la diligencia para la que es convocado. Esta medida no puede durar más de 24 horas; transcurrido en este término debe levantarse, bajo responsabilidad. Tal facultad se justifica, primero, porque la Constitución y la ley imponen a los ciudadanos el deber de colaborar con la justicia (arts. 38º Const. y 97º CPP); y, segundo,

⁸⁸ *Ibidem*.

porque la conducción compulsiva o mandato de acompañamiento no representa una seria merma a la libertad de tránsito ni afecta sensiblemente el entorno jurídico del emplazado.⁸⁹

Iniciada la investigación formal del delito, el Ministerio Público es la única autoridad que puede solicitar medidas coercitivas personales y reales, salvo el actor civil en el supuesto de los embargos (art. 174° CPP). Así tenemos, que la prolongación de la detención, la revocación del mandato de comparecencia, el arraigo, el secuestro, incautación y exhibición de cosas, el allanamiento, la clausura o vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles, son medidas coercitivas que el juez dicta a expresa petición del fiscal (arts. 137°, 144°, 146°, 156°, 136° y 167° CPP). Es obvio, por lo demás, que la incomunicación, en tanto agravación específica de la detención, y el secuestro, apertura e intervención de comunicaciones y documentos privados, por la particularidad del derecho fundamental afectado, aún cuando el Código no lo señale expresamente, también siguen la perspectiva anterior.

Si bien las medidas coercitivas graves están sujetas a reserva jurisdiccional, el CPP permite que por razones de urgencia y peligro por la demora, es decir, cuando existan circunstancias apremiantes que impidan hacer efectiva la obtención inmediata del material probatorio y no sea posible conseguir oportunamente la orden judicial, poniendo en serio riesgo el esclarecimiento de los hechos, el fiscal pueda ordenar y ejecutar determinadas medidas coercitivas. Estas son el secuestro de correspondencia y documentos privados (art. 155°), el secuestro o la exhibición forzosa de cosas (art 160°) y

⁸⁹ *Ibidem*.

la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de cosas muebles (art. 171°). Estas medidas, sin embargo, requieren una resolución confirmatoria del Juez Penal. La confirmación significa la prevalencia de la jurisdicción y la necesidad de una tutela judicial cuando se trata de limitar derechos fundamentales e implica que el juez se pronuncie no sólo sobre la razonabilidad y amparo jurídico de la propia medida coercitiva sino también si en el caso concreto medió urgencia y peligro por la demora. Si el Juez considera que alguno de los dos extremos no se cumplió, denegará la confirmación solicitada por el fiscal y, consecuentemente, a tenor de lo prescrito por el art. 195° del CPP, las pruebas obtenidas de ese modo se consideran ilegales, carecerán de valor conviccional y no podrán ser ameritadas en modo alguno⁹⁰.

5.5.- Control Judicial

Lo fundamental, como se señaló anteriormente, no tanto es quién asume la titularidad de la investigación, sino qué controles se instauran para evitar la utilización arbitraria del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales.

Existen tres tipos de actividades de control: *a) las autorizaciones, vinculadas a las medidas coercitivas, ya tratadas, y a las contracautelares (libertad provisional, libertad incondicional, libertades por exceso del plazo (arts. 182°, 189°, 137°, 335° y 397°.3 CPP); y, b) las decisiones, que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal (arts. 5°-8°, 55°.2, etc. CPP); y,*

⁹⁰ Ibídem, p. 207.

*e) las recomendaciones y quejas sobre la actividad funcional del Fiscal (art. 56° CPP).*⁹¹

Sobre la acción penal y la propia persecución penal, la decisión final corresponde al juez. Primero, aprueba la promoción de la acción penal (art. 115°). Segundo, resuelve lo relativo a las cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, que en buena cuenta son medios de defensa que garantizan la corrección y viabilidad del procesamiento penal (arts. 5°, 6°, 70, 50 y 263°). Tercero, decide sobre el sobreseimiento del proceso, de acuerdo con el dictamen fiscal, e inicia el procedimiento para forzar la acusación (arts. 253° y 254°). Cuarto, se pronuncia sobre el cumplimiento de los requisitos formales de la acusación para la expedición del auto de enjuiciamiento (art. 261°).

El juez no es por completo ajeno a los actos de investigación y a la conducta del fiscal. Por sí mismo, cuando deba resolver si dicta una medida cautelar o contracautelar o pronunciarse sobre una cuestión previa o prejudicial o sobre una excepción, o por indicación de algún sujeto procesal, puede requerir al fiscal para que subsane una irregularidad u omisión de su parte. Son tres los supuestos que habilitan la intervención judicial: a) postergación inmotivada de la realización de una diligencia de investigación; b) falta de celeridad en la emisión del dictamen; y, c) cualquiera otra irregularidad, v.gr. limitación indebida del derecho de defensa, falta de citaciones o deficiencias en el emplazamiento, impedimento de participación en las diligencias de investigación, falta de pronunciamiento respecto a una solicitud probatoria, etc. En estos casos, acreditada la causal, lo que significa que el juez previamente

⁹¹ *Ibidem*

debe determinar su fundabilidad solicitando en su caso los actuados o realizando alguna diligencia instructoria, expedirá la resolución correspondiente requiriendo al fiscal la subsanación o corrección respectiva. A su vez, el fiscal debe pronunciarse expresamente y comunicar su decisión al juez. Si el fiscal omite la subsanación exigida judicialmente, el juez la pondrá en conocimiento del Fiscal Superior para que en aplicación al principio de jerarquía resuelva definitivamente lo conveniente.⁹²

⁹² *Ibid.* p, 208.

CAPÍTULO VI

6.1.- Principios procesales.

6.1.1.- Principios constitucionales.

La definición que alcanza Menodoza Escalante sobre principios *es que son solamente las normas que tienen por objeto la determinación los rasgos esenciales del sistema político y que conforman lo que denominamos el núcleo de la Constitución. En ese sentido, se tiene por tales las normas que definen el titular del poder, el modo de su ejercicio, los fines de aquél y, la que afirma la máxima jerarquía de la Constitución. El paso siguiente es identificar estos principios en nuestro sistema constitucional, dentro de éste, es específicamente en la Constitución peruana de 1993 donde los hallamos en enunciados.*⁹³

- *En cuanto a lo primero, hallamos que se reconoce al pueblo como titular del poder (art. 45 y 3), se consagra así el principio de soberanía popular, denominado también principio democrático.*

- *El modo de organizar el poder es un aspecto complejo, trae consigo la afirmación de dos principios: su vertebración según el principio de distribución del poder (separación de poderes, art. 43, 3er. Párrafo) y su vinculación al Derecho, esto es, el principio de Estado de Derecho (art. 3).*

- *Los fines a cuya consecución el poder a de orientarse son las siguientes: el principio de dignidad de la persona (art. 1 y 3) y su orientación hacia un orden social según el principio de Estado Social Democrático de Derecho (art. 43 y 3).*

⁹³ MIJAIL MENDOZA ESCALANTE. (2000) *“Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano”*. Editorial ENMARCE E.I.R.L. Lima. pp 159-160.

- La máxima jerarquía de la Constitución se halla afirmada a través del principio de supremacía constitucional.

Para el desarrollo de la investigación se tratará los siguientes principios:

a) Principio de separación de poderes:

Este principio lo podemos colegir del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Política de 1993 que prescribe que el gobierno se organiza según el principio de separación de poderes.

Según Mendoza el significado del principio en cuestión estriba en la asignación de las funciones supremas del Estado a órganos diferentes, esto es, que la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional, no se concentran en órgano alguno, sino que sean atribuidas a distintos órganos, logrando así cada uno de ellos la autonomía respecto a los otros en el ejercicio de sus respectivas funciones, ésta es la formulación clásica, de la idea de separación de poderes, la misma que encuentra en Montesquieu a su preclaro expositor.

b) Principio de Estado de Derecho.

Esta expresión es susceptible de ser interpretada de varios modos; un primer significado alude a la presencia del derecho como elemento constitutivo del todo el Estado, este último, en tanto organización centralizada y monopolizadora del poder, halla siempre regulado por normas jurídicas (escritas, consuetudinarias, expresas o implícitas) sus

correspondientes órganos y competencias. El segundo significado se halla estrechamente vinculado a muy concretas circunstancias históricas en las que viene a compendiar un conjunto de técnicas jurídicas que en oposición al Estado absoluto se orientan a limitar y controlar el poder, la idea de un gobierno de leyes y no de hombres se sustancia a través de la sujeción a la ley tanto de autoridades como de particulares; ciertamente, ligado a ello, se mencionan otros elementos como los derechos fundamentales y la división de poderes, la primacía de la ley en el sistema de fuentes, la legalidad de la administración.

c) Principio de Dignidad de la Persona.

Este principio se desprende del artículo 1º de la Norma Fundamental partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

En cuanto principio, la dignidad de la persona es concretizada en nuestra Constitución a través de los diversos enunciados sobre derechos humanos.

d) Principios de supremacía constitucional.

El artículo 51 de la Norma Fundante prevé que la Constitución que prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Consiste en la cualidad jurídica específica de la Constitución que la define como el sistema normativo de máxima jerarquía en el contexto de un sistema jurídico nacional de modo que reviste superioridad frente a la totalidad de normas pertenecientes a los diferentes niveles que componen la construcción escalonada del proceso de producción del derecho. En ese sentido, la relación de jerarquía aludida implica la atribución a la Constitución de una máxima fuerza o capacidad de resistencia frente a normas sucesivas contrarias a ella; en ambos casos, respecto a los niveles infrainconstitucionales.⁹⁴

6.1.2.- Principios constitucionales que orientan al procesal penal peruano.

6.1.2.1.- Principio de legalidad.

a) Antecedentes.

Oscar Cornejo Valdivia, citando a Roxin, quien señala que “*Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal*”⁹⁵; agrega que, *pues el*

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ CORNEJO VALDIVIA, Oscar. “*El Principio de Oportunidad en la Legalidad del Proceso Penal*”. Artículo publicado en página web:

ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer medidas adecuadas para la prevención y represión del delito, sino también ha de imponer límites a las facultades punitivas del Estado en defensa del individuo, protegiéndolo de la intervención abusiva o arbitraria de aquél. El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley⁹⁶.

Asimismo, señala que el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta, ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas. Las garantías contenidas en el principio de legalidad exigen que las penas se impongan por el órgano competente y tras un proceso legalmente establecido. A tal exigencia, la Constitución Política del Estado Peruano señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, en consecuencia nadie será procesado ni condenado por la comisión de hecho que el tiempo de cometerse no esté previamente calificado de manera expresa e inequívoca como infracción punible y sancionado con pena. Asimismo consagra la observancia de un debido proceso y de la tutela jurisdiccional; es decir que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción determinada

http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_Chile.pdf. Visitado el 09/10/12.

⁹⁶ *Ibíd.*

por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por organismos jurisdiccionales distintos a los establecidos, ni por comisiones especiales creadas para tales efectos cualesquiera que sean su denominación; asignando al Ministerio Público la función de promover de oficio o a petición de parte la acción pública en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

El principio de legalidad se desarrolló a partir de una legalidad puramente formal, sustentada en la voluntad del príncipe y donde los derechos fundamentales, por ser autolimitaciones que se imponía el Estado, podían ser dispuestos por éste. En 1801 el egregio jurista alemán Von Feuerbach, en su Tratado de Derecho Penal, y autor también del Código Penal Bávaro de 1813, daba como primeros principios del derecho punitivo: que una imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*), que la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*) y que el hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) esté condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). La culminación del principio llegó en la edad contemporánea con la consumación del Estado de Derecho y de la democracia, cuando se acepta su rango constitucional y se admite que su fin fundamental es proteger al sujeto de derecho dentro de un proceso penal con la presunción de inocencia mientras no sea condenado. Este principio dio origen a cuatro prohibiciones fundamentales: la aplicación retroactiva de la ley penal (*lexpraevia*); la

aplicación de normas que no sean las escritas (*lexscripta*); la conocida prohibición de aplicación de la analogía en materia penal (*lexstricta*) y la aplicación de cláusulas legales indeterminadas (*lexcerta*). La exclusión de Derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía se dirigen al juez, mientras que las prohibiciones de la retroactividad y de la indeterminación de las leyes penales se orientan hacia el legislador.

En cuando al origen del principio de legalidad, *podemos decir que es factible hallarlo en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra y entre otras libertades, la Carta Magna expresa que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado, sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país”, y además el Rey reconoce que sólo el Parlamento podrá dictar Leyes penales. Posteriormente el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual se señala “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad”, “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido”, “Nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”, “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”. El principio de legalidad también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787), así como hoy lo tenemos consagrado en la mayoría de las Constituciones de Latinoamérica. La primacía de la ley como mecanismo de regulación social, tiene un empuje decisivo durante la época moderna con el movimiento*

codificador de raíz ilustrada que recorrió Europa; tras él, se propicia tanto la consolidación de los Estados absolutos, eliminando los particularismos de origen medieval, como la garantía de seguridad jurídica que proporcionaría la ley única y cierta de los códigos, aspiración largamente acariciada por la ascendente burguesía. La ley está llamada a cumplir también una esencial función de garantía de los derechos individuales en el pensamiento contractualista, lo que se plasma en los documentos revolucionarios de fines del siglo XVIII. Se ha destacado este perfil en la Declaración de los Derechos del Hombre del Ciudadano de la Francia revolucionaria, cuando consagra que “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre”, con lo que el Estado se instrumentaliza a la tutela de tales derechos, esto implica a su vez que la ley no sea sólo una manifestación de la razón humana, sino además, expresión de la voluntad general. En materia penal, la garantía consagrada por el principio de legalidad también queda consagrada en dicha Declaración como lo indicásemos líneas arriba⁹⁷.

La influencia de El Contrato Social de Rousseau (aparecido en 1762) se trasluce en Dei delitti e delle pene (de 1764); Beccaria recepciona el principio de legalidad en materia penal al entender que como legislador representa a la sociedad unida por el contrato social, sólo las leyes pueden establecer las penas de los delitos. De esa manera, a la función de garantía de la seguridad jurídica en el plano penal, dada

⁹⁷ *Ibidem.*

por la predeterminación normativa del ámbito de lo punible, se une la garantía democrática de la libertad individual, al remitir la sanción del delito a la decisión de los tribunales. El principio de legalidad jurisdiccional expresa que solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley. Es la base de la garantía individual, en virtud del cual nadie puede ser condenado mientras no haya sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada emitida por juez competente. “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente”⁹⁸.

b) Definición: Según BOVINO, citado por Félix Tasayco, el principio de *legalidad en proceso penal impone a los órganos estatales correspondientes el deber de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de una noticia acerca de la posible comisión de un hecho punible de acción pública.*⁹⁹

Por su parte MONICA señala que se ha conceptualizado a la *legalidad (procesal) como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente el Ministerio Público Fiscal, y su subordinada, la policía) que frente a la hipótesis de la comisión de hecho delictivo (de acción pública) comienzan a*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ FÉLIX TASAYCO, Gilberto (2009). “El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal”. Artículo publicado en página web <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2009/12/el-principio-de-oportunidad-en-el-nuevo.html>. Visitado 11 de noviembre de 2010.

*investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el juzgamiento, y posteriormente y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar*¹⁰⁰.

6.1.2.2.- Principio de jurisdiccionalidad.

a) Nociones generales.

La Constitución de 1993 se refiere a este principio en los artículos 138° y 139°; asimismo, lo encontramos regulado expresamente el artículo V del Título Preliminar del Código Penal, en el Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 y en los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 11° y 16° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al respecto señala Rosas Yataco que este principio consagra la exclusividad del Poder Judicial para juzgar, condenar e imponer sanciones a los autores o partícipes de un delito o falta.¹⁰¹ También se refiere que el efecto material del principio que se analiza radica en que no pueden establecerse en el país tribunales paralelos a la justicia ordinaria penal.¹⁰²

Porque sólo el juez puede administrar justicia en nuestro sistema penal de ahí que *la importancia de la actividad jurisdiccional consiste en que tiene por objeto asegurar la tranquilidad social, manteniendo el orden jurídico, que en último extremo se restablece por medio de la sentencia que dicta el juez y que resuelve el conflicto suscitado entre las*

¹⁰⁰MONICA. (2007). "Derecho Procesal Penal Córdoba." Artículo publicado en la página web: http://www.alipso.com/monografias2/derecho_procesal_penal_/index.php. Visitado el 07/07/11

¹⁰¹ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p. 265.

¹⁰²Ibidem.

*partes, determinando el derecho que se debe aplicar al caso concreto. Se suele indicar que los caracteres de la función jurisdiccional son: la autonomía, que no se encuentra en todos los países sino en aquellos en los cuales el Poder Judicial tiene tanta jerarquía como el Legislativo y Ejecutivo; la independencia de sus órganos, que asegura la inamovilidad de los jueces mientras dura su buena conducta y su retribución inalterable (art. 96 de la Constitución nacional), y la jurisdicción derivada de la soberanía, ya que corresponde al Estado administrar la justicia.*¹⁰³

El profesor Prado Saldarriaga manifiesta que resulta prioritario para la sociedad civil y política de nuestro país cautelar celosamente la plena vigencia del principio de jurisdiccionalidad. Tarea que entendemos no puede soslayarse pese a las frecuentes críticas y disfunciones que de modo cíclico y constante se atribuyen a la agencia judicial¹⁰⁴ transcribiendo lo manifestado por BINDER “*La sociedad occidental ha vivido aterrorizada por la posibilidad del uso arbitrario del poder penal. A lo largo de la historia muchísimas personas han muerto por defender lo que hoy llamamos las garantías judiciales. Aquello que nos hemos acostumbrado a leer en un Pacto, en la Constitución o en los manuales de Derecho, o a oír en una conversación formal, ha significado la muerte de algunos de los mejores ciudadanos de las civilizaciones de Occidente. Por la idea de la independencia judicial, la gente se mataba hace*

¹⁰³ LEVENE (h.) Ricardo. (1993). “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. Tomo I. segunda Edición. Ediciones DE PALMA. Buenos Aires. p, 103.

¹⁰⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. (2009). “*Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal*”. Primera edición. Editorial Moreno S.A. p, 266

cuatrocientos años. Por la idea del juicio previo, perseguidos y asesinados. Hoy no tenemos derecho a olvidar el enorme caudal de sacrificio humano que hay detrás de cada una de las garantías que defendemos."¹⁰⁵

b) El monopolio jurisdiccional.

*Sólo los órganos jurisdiccionales y específicamente los penales, pueden actuar el proceso penal y únicamente en el marco del proceso se puede imponer una pena o una medida seguridad contra una persona. En caso alguno pueden los particulares u otros órganos del Estado aplicar el Derecho Penal ni aún mediante procedimientos que fueran compatibles con los principios inspiradores del proceso.*¹⁰⁶

c) Interés social en la investigación penal.

El carácter público del delito comporta la asunción por el Estado del deber de investigar y perseguir los delitos y sus autores, de tal manera que ha de arbitrar los medios necesarios al efecto, tanto humanos, cuanto materiales y legales. En ese sentido, existe una policía judicial cuya misión fundamental es la de investigar el delito y, de la misma forma, el proceso penal cuenta con una fase preliminar tendente, precisamente, a aportar de modo público a las partes los materiales bastantes para que puedan ejercitar la pretensión en debida forma. En resumen, no puede el Estado dejar en manos de las partes, especialmente

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ ASECIO MELLADO, José. (2008). "Derecho Procesal Penal". Cuarta edición. Editorial TIRANT LO BLANCH. p, 23.

*cuando se trata de particulares, la investigación en sus manos habida cuenta la falta de medios de que estas disponen. Esta idea, propia del denominado proceso adversarial, es profundamente injusta y desigualitaria.*¹⁰⁷

6.1.2.3- Principio de Presunción de Inocencia.

a) Nociones generales.

La presunción de inocencia se encuentra consagrada constitucionalmente en la letra e) del inciso 24 del artículo segundo, lo que prescribe: “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.” Este principio ha sido recogido en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 de la forma siguiente: Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.¹⁰⁸

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 condenándolo.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. 162.

Clariá Olmedo, citado por el profesor Neyra Flores indica que *la presunción de inocencia ha sido formulada desde su origen, y así debe entenderse, como poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica, por ello es considerado como un derecho fundamental.*¹⁰⁹

b) Naturaleza jurídica

*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 individuales*¹¹⁰.

La presunción de inocencia como derecho fundamental presenta diferentes vertientes: a) Como principio informador de proceso penal (esto es, como concepto en torno al que se construye un determinado modelo procesal), b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal (el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas de sus derechos deben ser mínimas), c) La presunción e

¹⁰⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. Cit. p, 170.

¹¹⁰ MAIER, Julio B.J. Ob. Cit. p, 492.

*inocencia como regla de prueba, y d) La presunción de inocencia como regla de juicio.*¹¹¹

Referente a la primera vertiente el profesor Neyra Flores nos indica que como principio informador del proceso penal, implica que *la presunción de inocencia actúa como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal*¹¹² agrega además que, la presunción de inocencia asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, que viene a establecer los límites entre el individuo y el poder; por tanto la presunción de inocencia, junto con el resto de garantías procesales, busca minimizar el impacto que la actuación estatal está llamada a producir en el ejercicio del *iuspuniendi*.

En cuanto a la regla de tratamiento del imputado, el autor nos indica que *la presunción de inocencia, impone la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente*¹¹³ por tanto, por este principio, se reconoce la inocencia del imputado hasta que no se compruebe judicialmente su culpabilidad.

6.1.2.4.- Principio acusatorio.

Se puede definir al principio acusatorio como la garantía que prescribe la prohibición de enjuiciar a una persona sin un requerimiento claro en el cual se indique con precisión los hechos que se le imputan, formulado por una persona distinta a la que juzga; por lo que es una garantía de la imparcialidad de juzgador.

¹¹¹ NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. Cit. p, 171.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

A decir del jurista César San Martín Castro “*este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal*” agrega citando a BAUMANN que se entiende por *principio acusatorio* aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto.”¹¹⁴

¹¹⁴ *Ibíd.* p, 74

CAPÍTULO VII

7.1.- Naturaleza del procesal proceso judicial.

Gimeno Sendra refiere que *la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado entendida como el otorgamiento por CE a los Tribunales de la potestad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”; es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación con determinados hechos uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del Derecho Penal, al ius puniendi que la Ley le atribuye.*¹¹⁵

En el efecto, mediante el proceso judicial el Estado ha confiado el proceso judicial al Poder Judicial (artículos 138 y 139 de la Constitución Política del Estado) para el desarrollo rogado de la jurisdicción. El proceso sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello.

7.2.- El derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional ha considerado que la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido.

¹¹⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. (2007). "Los presupuestos procesales del órgano jurisdiccional derecho procesal penal" Segunda Edición. Editorial Colex. Madrid. p,136.

En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.

Es así que todos los justiciables gozan de tutela judicial efectiva; entonces, toda persona que mermado su derecho puede acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, a contrario sensu de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna. La tutela judicial efectiva no significa, pues, la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha

demanda. Cabe también puntualizar que, para la admisión a trámite, el juez solo puede verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia señalados en la ley procesal; exigencias relacionadas con la validez de la relación procesal que, como sabemos, se asientan en los presupuestos procesales y en las condiciones de la acción; es decir, exigencias que tienen que ver con la competencia absoluta del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, los requisitos de la demanda, la falta de legitimidad del demandante o del demandado e interés para obrar (asimila voluntad de la ley-caso justiciable). Se trata del ejercicio del derecho a la acción que no se identifica con la pretensión que constituye el elemento de fondo basado en las razones de pedir y que ha de significar la carga de la prueba. Es en la sentencia donde el juez declara (dice) el derecho y no liminarmente; por ello, puede haber proceso con demanda desestimada en el fondo. Y es que, como lo expresa Peyrano, cualquiera puede demandar a cualquiera por cualquier cosa con cualquier dosis de razón.¹¹⁶

7.3.- Debido proceso.

a) Concepto.

Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro

¹¹⁶ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>, visitado el 13/02/2013.

que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.

b) Características.

i) *Es un derecho de efectividad inmediata.* Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”.(STC 1417-2005-AA, FJ 10)

ii) *Es un derecho de configuración legal.* En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos

fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

iii) Es un derecho de contenido complejo. No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales.¹¹⁷

c) Dimensiones: Debido proceso formal y sustantivo.

Al respecto el Tribunal en el caso N° 03315-2004-AA indica que en el caso de autos aparece que lo que se cuestiona mediante el presente proceso constitucional es una resolución con la que se pone término a un proceso administrativo sobre competencia desleal. Dentro de dicho contexto, es pertinente precisar que desde el punto de vista de los supuestos impugnatorios posibles, pueden darse hasta dos situaciones:

a) Que lo que se cuestione sea el procedimiento utilizado para adoptar la decisión.

b) Que se cuestione directamente el fondo de la decisión adoptada.

¹¹⁷ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

Mientras que en el primer supuesto, se trata de una evaluación configurada desde la óptica del debido proceso formal o procedimental, en el segundo supuesto, es más bien el caso de una evaluación proyectada desde la óptica del debido proceso material o sustantivo.

En ese sentido, de lo que aparece descrito en la demanda, se aprecia que son ambos aspectos los que de alguna manera se solicita merituar en sede constitucional, ya que mientras, por un lado, se alega determinadas transgresiones al derecho de defensa, acontecidas dentro del procedimiento administrativo del cual derivó la resolución objetada, por otro lado, se solicita evaluar diversos extremos contenidos directamente en el citado pronunciamiento administrativo, los cuales la recurrente considera directamente lesivos a sus derechos constitucionales.

Este Colegiado, según lo que aparece señalado en los fundamentos precedentes, y consecuente con lo que ha sido la jurisprudencia uniformemente emitida hasta la fecha, es competente para analizar cualquiera de dichos aspectos, y según el tipo de nivel o transgresión producida, pronunciarse por la tutela del debido proceso formal o por la del debido proceso sustantivo.¹¹⁸

d) Diferencia con el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Así, mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente

¹¹⁸ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>

al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.¹¹⁹

e) Ámbito de aplicación.

Que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de los actos del Ministerio Público tiene, de otro lado, su sustento en el derecho fundamental al debido proceso. Por ello, el derecho al debido proceso despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159.º de la Constitución. Claro está, las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional (debido proceso y tutela jurisdiccional), que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139.º de la Constitución, serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con

¹¹⁹ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09727-2005-HC.html>

su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1.º de la Constitución, según el cual "*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*".¹²⁰

f) Derechos integrantes del debido proceso.

El profesor César Landa Arroyo citando una sentencia del Tribunal Constitucional prevé que el derecho al debido proceso es omnicompreensivo de un aserie de garantías formales y materiales.¹²¹

- Derecho a la defensa.

La Constitución, en su artículo 139º, inciso 14, reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.¹²²

- Necesidad de defensa técnica.

Al respecto cabe señalar que, si bien este Tribunal determinó que es posible bajo ciertos requisitos que las dimensiones material y formal del derecho de defensa puedan ser ejercidas por un procesado que tenga a su

¹²⁰ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02725-2008-HC.html>

¹²¹ LANDA ARROYO, César. (2010). "*Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*". Primera edición. Editorial PALETRA EDITORES S.A.C. p, 285.

¹²² <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06648-2006-HC.html>, visitado en 28/07/2013.

vez la condición de abogado (Cfr. STC. Exp. N° 1323-2002-HC/TC); también señaló que no es posible reconocer el ejercicio del derecho de defensa por sí mismo (sin asistencia letrada) a un procesado que no ostenta la calidad de abogado, ya que de lo contrario implicaría someterlo a un estado de indefensión por ausencia de una asistencia letrada, versada en el conocimiento del Derecho y de la técnica de los procedimientos legales, situación que, además, quebranta el principio de igualdad de armas o igualdad procesal de las partes (Cfr. STC. Exp. N.ºs 2028-2004-HC/TC; 6260-2005-HC/TC; 1919-2006-HC/TC).

En esa línea de razonamiento, este Tribunal considera que la misma situación de indefensión se genera en el caso de que sea el propio imputado quien decida no contar con abogado defensor al momento de rendir su declaración instructiva. Y es que la presencia del abogado defensor en la situación mencionada busca que “(...) se vean satisfechas cumplidamente “las reglas del juego” de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado” (GIMENO SENDRA, Vicente y DOIG DÍAZ, Yolanda: “El Derecho de Defensa”. Pág. 288. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor (Coordinador): El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Palestra Editores. Lima, 2005)¹²³

¹²³ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01425-2008-HC.html> visitado en 28/07/2013.

g) Derecho a la prueba.

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.¹²⁴

¹²⁴ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html> visitado en 28/07/2013.

h) Derecho a la jurisdicción predeterminada por ley o al juez natural.

En lo que respecta a la presunta afectación del principio del juez natural o juez predeterminado por ley, este Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre el contenido del precitado derecho. Así, de acuerdo con el criterio adoptado por este Tribunal [Exp N° 0290-2002-HC/TC; Exps. N.° 1013-2002-HC/TC y N.° 1076-2003-HC/TC], el derecho invocado comporta dos exigencias. En primer lugar, 1) que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada *ex profeso* para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual implica: a) el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, que dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las

especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime si el artículo 82.28, de la misma Ley Orgánica de Poder Judicial autoriza la creación y supresión de “Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia”.¹²⁵

i) Derecho a Juez imparcial.

El derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución.

El *status* del derecho al juez imparcial como uno que forma parte del debido proceso, se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige que las disposiciones constitucionales mediante las cuales se reconocen derechos fundamentales se interpreten y apliquen de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias que hayan sido ratificadas por el Estado peruano.

En ese sentido, en la STC 2730-2006-PA/TC, el Tribunal destacó que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55° de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución –en cuanto

¹²⁵ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01937-2006-HC.html> visitado en 28/07/2013.

dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú— exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder.

Uno de esos tratados es la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 8º, relativo a las garantías judiciales, dispone que: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formuladas contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

La cuestión de si el derecho a ser juzgado por un juez imparcial también puede titularizarse en el ámbito de un procedimiento arbitral ha sido resuelta afirmativamente por este Tribunal. Con carácter general, en la STC 3361-2004-AA/TC, el Tribunal afirmó que, el derecho a la tutela procesal efectiva no sólo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se

emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 24 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA/TC (...), consideró que el debido proceso (...) está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...)

Específicamente, con relación al arbitraje, en la STC 1567-2006-PA/TC el Tribunal sostuvo que (...) en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución.

En tanto que derecho fundamental, el derecho a un juez imparcial tiene un contenido constitucionalmente protegido. Ese contenido está relacionado con aquello que el Tribunal ha identificado como las dos vertientes de la imparcialidad. A saber, la subjetiva y la objetiva.

Por lo que se refiere a la imparcialidad subjetiva, este Tribunal tiene declarado que ella

Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso (...).

Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo.

Al lado de la dimensión subjetiva, el Tribunal también ha destacado en el principio de imparcialidad una dimensión objetiva, (...) referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.¹²⁶

J) Proceso preestablecido por Ley.

Tal cuestión no puede ser compartida por el Tribunal Constitucional. Como ya hemos tenido oportunidad de advertir, el derecho al procedimiento preestablecido en la ley, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, no garantiza que en el seno de un proceso judicial se tengan que respetar todas y cada una de las reglas del procedimiento legalmente establecido. De modo que cada vez que éstas no se observen, automáticamente se viole dicho derecho.

Si ese fuese el contenido constitucionalmente protegido del derecho, bastaría que un acto procesal adolezca de un vicio, cualquiera sea la entidad de éste, para que inmediatamente se produzca la violación del derecho y, como consecuencia de ello,

¹²⁶ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.html> visitado en 28/07/2013.

que en sede de la justicia constitucional los jueces del amparo se conviertan (o terminen convirtiéndose) en jueces de casación competentes para conocer de errores *in procedendo*.

El derecho en referencia, hemos sostenido, no es el derecho al procedimiento “establecido”, sino al procedimiento “previamente” establecido. En ese sentido, garantiza que una persona sea sometida a un proceso con una reglas previamente determinadas. Se proscrib, así, que una persona pueda ser juzgada bajo reglas procesales *ad hoc* o dictadas en atención a determinados sujetos procesales.¹²⁷

k) Derecho a la motivación.

Según el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de

¹²⁷ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01600-2004-AA.html> visitado en 28/07/2013.

manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

Además de considerarla como principio y garantía de la administración de justicia, este Colegiado ha desarrollado su contenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, donde se precisó que lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Además, en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0791-2002-HC/TC y N.º 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar). Lamentablemente, nada de esto se cumple en las resoluciones emitidas en los órganos jurisdiccionales que han resuelto el presente hábeas corpus, puesto que ni siquiera se ha respondido a las pretensiones de los recurrentes.

Aparte de la violación de la debida motivación, no puede permitirse ligerezas de este tipo en un Estado social y democrático de derecho, máxime si la vigencia efectiva de los derechos constitucionales es el fin esencial de los

procesos constitucionales, tal como lo señala el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.¹²⁸

¹²⁸ En sitio Web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html> visitado en 28/07/2013.

CAPÍTULO VIII

8.- Principio de oportunidad.

8.1.- Nociones generales.

En primer lugar consideramos que la regla general en nuestro sistema procesal penal es el principio de legalidad: corresponde al Ministerio Público instar la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión. Sin embargo, paralelamente y como excepción puntual, la ley en determinados supuestos taxativamente reconocidos faculta al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal o provocar el sobreseimiento de la causa si el proceso ya se ha instaurado.¹²⁹

8.2.- Antecedentes:

El principio de oportunidad como lo señala Rosas Yataco establecido en el artículo 2° del Código Procesal Penal tiene su fuente primigenia en el Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y en los trabajos complementarios del artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, elaborado principalmente por el profesor JULIO MAIER y que reproduce íntegramente el texto del Proyecto del Código Procesal de Argentina del año 1986 y que sirvió como base inspiradora¹³⁰

El autor en comentario citando al profesor Sánchez Velarde indica que éste argumenta que el fundamento del principio de oportunidad se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. Se trata de casos en los cuales

¹²⁹ Ibid. pp, 225 y 226.

¹³⁰ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p, 821.

no existe un interés social de punición y que pueden ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o dando por concluido el ya iniciado. Agrega que también tiene un fundamento de índole político, su innovación legislativa obedece a la necesidad, no de luchar contra la delincuencia, sino de solucionar problemas de saturación de los procesos penales. Además, la aplicación del principio de oportunidad encuentra fundamento en consideraciones político – criminales de prevención especial, en tanto se espera que el imputado que se acoja a este criterio no vuelva a incurrir en alguna infracción penal.¹³¹

8.3.- Definición.

Son pocos los tratadistas que definen claramente al principio de oportunidad para el profesor Melgarejo Barreto *es la facultad que tiene el Fiscal Provincial, bajo determinadas condiciones establecidas en la ley, de abstenerse y continuar con el ejercicio de la acción penal pública; comprobando la existencia de suficientes elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación del imputado en su comisión; debiendo además contar con la aceptación de éste último, para su aplicación.*¹³² Esto sucede en el caso peruano.

JULIO MAIER, lo define como *"la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, de la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente,*

¹³¹ *Ibíd.* pp, 821-822

¹³² MELGAREJO BARRETO, Pepe. *Ob. Cit.* p, 118.

temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales"¹³³

Por su parte CLAUS ROXÍN señala: *"es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante la cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerla archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito"*¹³⁴

Este principio puede expresarse como la atribución excepcional que se acuerde a los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundadas en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren ordinarias para "perseguir y castigar".¹³⁵

Del artículo 2 del código Procesal Penal se puede desprender que el principio de oportunidad es la facultad discrecional que tiene el fiscal de disponer de la acción penal pública, en determinados casos, y que su aplicación justificaría en delitos de poca monta, a de no sobrecargar al Poder Judicial; sin embargo, tales mecanismo no deben desconocer principios constitucionales tales como el de jurisdicción, y como dice el jurista César San Martín que *en aras del control efectivo de las decisiones de la fiscalía,*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ CAFFERATA NORES, José I. Ponencia "*Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República*". En sitio web <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponenciasyrelatos/PROCESALPENAL-LEY-PONENCIAGRAL-JOSECAFERATTANORES.pdf>. Visitado el 22/10/10.

*resulta imprescindible la intervención judicial, cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el imputado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados.*¹³⁶ Opinión que no comparte Jorge Rosas Yataco¹³⁷ por considerar que con esta medida se estaría invadiendo la independencia que tiene el Ministerio Público, posición que no comparto; pues, al atribuirle al Fiscal la potestad de abstenerse de ejercitar la acción penal ante hechos de poca relevancia jurídica y los denominados delitos de bagatela, se le está encomendado la tarea de investigación y de controlar el respeto a los derechos y garantías individuales en relación a esa investigación, se estaría contraviniendo con los fundamentos propios de un Estado de Derecho.

Los casos en que prospera la aplicación del principio de oportunidad según el NCPP de 2004 son:

Agente afectado y pena apropiada. En la perpetración del delito el actor haya sido afectado como consecuencia de su conducta típica.

Delitos de mínima gravedad, cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de libertad no mayores a dos años, delitos de *bagatela*, delitos que no afectan gravemente el interés público, delitos de culpabilidad mínima y cuando la perpetración del delito sea mínima.

¹³⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p, 228.

¹³⁷ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. 822.

8.4.- Formas de aplicación.

8.4.1.- El Principio de Oportunidad como regla.

El profesor Rosas Yataco indica que *este modelo implica que el representante del Ministerio Público ejercerá las facultades persecutorias con una ilimitada discrecionalidad. Cobra efectiva vigencia en el sistema jurídico estadounidense, porque se ignora el principio de legalidad procesal, dando origen al principio de oportunidad sea considerada como regla absoluta y de aplicación casi obligatoria. El Sistema Jurídico Norteamericano no admite siquiera que el Fiscal pueda ser obligado a perseguir en un caso concreto; el Fiscal tiene amplio rango discrecional. Esta es tal, que puede inclusive decidir si ordena la investigación o no; si inicia formalmente la persecución; si negocia o no con el imputado; así también, elegir los cargos que formulan, dónde y cuándo los formulará. En conclusión, con este modelo no se admite que el agraviado impugne judicialmente la decisión del fiscal de abstenerse de la persecución penal.*¹³⁸

8.4.2.- Principio de oportunidad como excepción.

El mismo autor manifiesta que este modelo es contrapuesto al anterior, indicando que en los países en que se aplica el principio de oportunidad como excepción, responde a la vigencia y respeto al Principio de Legalidad Procesal. Citando a GUARIGLIA el autor en comentario refiere que *los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción*

¹³⁸Ibíd. pp, 824 -825.

correspondiente o, desistiendo de su ejercicio, cuando esto le es permitido, si hubiere sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del Tribunal.¹³⁹

Agrega que por el momento nuestro ordenamiento procesal penal se adhiere a este segundo modelo, donde el Fiscal Provincial conviene el desistirse de ejercitar la acción penal pública, sólo en los casos taxativamente señalados en la Ley¹⁴⁰

8.5.- Implicancias del principio de oportunidad con los instrumentos internacionales.

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴¹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217A (III) del 10 de diciembre de 1948.

“Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

b) Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)¹⁴² Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

¹³⁹ Ibid. p, 825.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ En sitio web:
http://www.asamblea.go.cr/Diputadas_Diputados/diputada_rita_chaves/documentos_relevantes/COMPENDIO%20DE%20NORMATIVAS%20de%20DISCAPACIDAD.pdf. Visitado 10/12/12.

“Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley. *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

Artículo 25. Protección Judicial. *1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴³. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

“Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario,

¹⁴³ En sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>. Visitado el 07/12/12

o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. *En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*

5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

6. *Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*

7. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”*

d) Declaración América de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴⁴.

Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

“Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen,

¹⁴⁴ En sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Visitado el 07/12/2012

en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

e) Convención Europea de los Derechos Humanos.¹⁴⁵

Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948

“Artículo 6.- Derecho a un proceso equitativo:

- 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*
- 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*
- 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*

¹⁴⁵ En sitio web: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf Visitado el 07/12/2012

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;*
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;*
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;*
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;*
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.*

8.6.- El principio de oportunidad en la legislación comparada.

a) Alemania.- El Principio de Oportunidad tiene sus orígenes en este País a través de la “Ley Emminger” del 04 de Enero de 1924 –artículo 153- en virtud del cual el Ministerio Público quedó facultado ha abstenerse del ejercicio de la acción penal para satisfacción de determinados presupuestos como son: a) Reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) Cumplir determinadas obligaciones. *Los criterios reguladores en la legislación alemana han de guiar la decisión del fiscal, pero están sometidos a un control judicial, en cuanto es obligatorio con la*

*aprobación del Tribunal*¹⁴⁶, salvo algunas excepciones (delitos contra el patrimonio).

Entonces, criterios sobre los cuales ha de guiarse la decisión del Fiscal serán sometidos al control judicial.

b) Estados Unidos.- Entre el 75% y 90% de casos se resuelven bajo criterios de oportunidad. Mediante el denominado “Plan Bergaming” el inculpado se declara culpable, renunciando a que su caso sea visto en juicio e incluso a la posibilidad de que salga absuelto. El poder discrecional del Ministerio Público es muy amplio, no es regulado. *El Derecho norteamericano es un sistema de partes. Las partes van a poder disponer del objeto del proceso. El Ministerio Fiscal (persecutor) va a poder renunciar a la acción penal o revocarla lejos de cualquier control del órgano jurisdiccional; el imputado puede declararse culpable (guilty plea) y exonerar, con ello, a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación.*¹⁴⁷

c) España.- Respecto a esta rama del Derecho, en el ordenamiento jurídico procesal penal Español existe el proceso penal abreviado que consiste en la conformidad del acusado o conformidad del procesado, en los delitos de menor criminalidad y con poca importancia, permitiéndose trate que las partes concilien lo mismo que el Ministerio Público Fiscal; acuerdo que tiene que ser aprobado por el Fiscal y por el Juez.

¹⁴⁶ BARDALEZ RÍOS, Artemio. (2003) “*El Principio de Oportunidad en Proceso Penal Peruano*”. Ediciones Jurídicas. Lima. p, 100.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

d) Italia.- A fin de evitar el juzgamiento (juicio oral) o concluir lo iniciado existe el proceso abreviado ó “paterggimento” que se basa en el acuerdo realizado o el Ministerio Público y el Imputado sobre la posible pena siempre que existan circunstancias atenuantes que lo permitan y que la pena no sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad; *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”. A pedido del imputado con consentimiento del Ministerio Público, el Juez puede dictar sentencia sin debate oral, con la posibilidad de reducción de la pena a imponerse.”*¹⁴⁸

Se advierte que, el acuerdo es evaluado y aprobado por el Juez e incluso puede rechazar la solicitud si las propuestas a que han llegado las partes no son correctas.

e)Argentina.- Se apertura un procedimiento de prueba que detiene la acción penal, cumplido el período de prueba satisfactoriamente se declara extinguida la acción penal, para lo cual debe haber: 1) consentimiento de imputado; 2)reparación del daño, y 3)No haber cometido un delito anterior. *Si se trasgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el Tribunal previa audiencia en la que interviene el imputad, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él.* ¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Ibídem.*

¹⁴⁹ *Ibídem.*

f) Colombia.- El Principio de Oportunidad no es una discriminación sobre la conveniencia o no de su aplicación, debido a que está regulado en el artículo 60 de la Ley 81 de 1993 que modifica el artículo 38 del C.P.P., donde se señalan los delitos que admite desistimiento. Aquí se denominan “conciliación” y es factible aplicar en: 1) Indagación previa, previo acuerdo se expide resolución inhibitoria, 2) En Instrucción, luego de expedido el auto admisorio, pasado diez días siguientes debe realizarse la audiencia de conciliación, si prospera se expide la resolución de preclusión, 3) En el Juzgamiento; Hasta antes que quede ejecutoriada la sentencia definitiva. El reconocimiento del acuerdo se declara mediante “auto de casación de procedimiento” por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal. La conciliación es sobre contenido estrictamente económico.

En otros países de la región el criterio de oportunidad se realiza ante el Juez así tenemos:

“En Costa Rica la conciliación debe producirse frente al Juez, o al menos con ocasión de su intervención, pues se requiere que éste homologue los acuerdos, y en especial no la apruebe “...cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervengan no están en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza” (art. 36 CPP de 1996). Desde luego todo el proceso de negociación puede ser conducido directamente por el juez, o bien puede recurrirse a otros sujetos facilitadores. Dispone la norma últimamente referida que “para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el

*auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor”.*¹⁵⁰

*En El Salvador no se indica en forma expresa ante quien, pero corresponde a la víctima comunicar el acuerdo al tribunal, en forma personal, debiendo el juez levantar una acta donde se determinen las obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento (art. 32 in fine CPP de 1996 de El Salvador).*¹⁵¹

8.7.- El principio de oportunidad en la legislación peruana.

a) Antecedentes.

Gilberto Félix Tasayco señala que la evolución legislativa del principio de oportunidad, tiene su génesis en el artículo 2° del Código Procesal de 1991, siendo que el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 también materializa legislativamente este importante y acertado mecanismo procesal. La Ley de celeridad y eficacia procesal penal publicada en el diario “El peruano” el 10 de diciembre de 2003 hace el siguiente agregado al artículo 2° del Código Procesal Penal: “En los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 122°, 185° y 190° del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerle un acuerdo preparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el fiscal se abstendrá de

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ *Ibidem.*

ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal formalizará la denuncia correspondiente”¹⁵²

Asimismo, indica que en 1991 se hicieron algunas modificaciones al texto del artículo 2° con la Ley N° 27072, del 23 de marzo de 1999, y la Ley N° 27664 del 08 de febrero de 2002, el primero que enfatiza “... exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil”, y el segundo que agrega: “Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad. Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días”. En efecto, estos son los antecedentes pre legislativos que inspiran al legislador del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 para continuar su positivización en el artículo 2° del Libro Primero, que faculta al Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal en casos especiales¹⁵³.

Del artículo 2 del código Procesal Penal se puede desprender que el principio de oportunidad es la facultad discrecional que tiene el fiscal de disponer de la acción penal pública, en determinados casos, y que su aplicación justificaría en delitos de poca monta, a de no sobrecargar al Poder Judicial; sin embargo, tales mecanismo no deben desconocer principios

¹⁵² FÉLIX TASAYCO, Gilberto. Ob. Cit. p, 11.

¹⁵³ Ibidem.

constitucionales tales como el de jurisdicción, y como dice el jurista César San Martín que *en aras del control efectivo de las decisiones de la fiscalía, resulta imprescindible la intervención judicial, cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el imputado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados.*¹⁵⁴ Opinión que no comparte Jorge Rosas Yatacopor considerar que con esta medida se estaría invadiendo la independencia que tiene el Ministerio Público, posición que no comparto; pues, al atribuirle al Fiscal la potestad de abstenerse de ejercitar la acción penal ante hechos de poca relevancia jurídica y los denominados delitos de bagatela, se le está encomendado la tarea de investigación y de controlar el respeto a los derechos y garantías individuales en relación a esa investigación, se estaría contraviniendo con los fundamentos propios de un Estado de Derecho¹⁵⁵.

Los casos en que prospera la aplicación del principio de oportunidad según el NCPP de 2004 son:

- Agente afectado y pena apropiada. En la perpetración del delito el actor haya sido afectado como consecuencia de su conducta típica.
- Delitos de mínima gravedad, cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de libertad no mayores a dos años, delitos de *bagatela*, delitos que no afectan gravemente el interés público, delitos de culpabilidad mínima y cuando la perpetración del delito sea mínima.

¹⁵⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p, 228.

¹⁵⁵ ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit. p. 822.

b) Definición.

Pedro Miguel ANGULO ARANA, citado por Félix Tasayco, sostiene que lo que genera la oportunidad es un procedimiento de abstención fiscal de ejercitar la acción penal, en virtud del cual, vía la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad concretos, el fiscal se apartará discrecionalmente de su función persecutoria, ofreciendo al inculpado, una propuesta conciliatoria que, finalmente, de ser aceptada, culminará con resolución final que tendrá el carácter de irrevisible¹⁵⁶.

Idéntica definición es realizada por Jorge ROSAS YATACO, citado Félix Tasayco, que conceptualiza que principio de oportunidad implica la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público, cuando ocurra alguna de las circunstancias taxativamente señaladas en la ley¹⁵⁷.

¹⁵⁶ FÉLIX TASAYCO, Gilberto. Ob. Cit. p,12.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

2.3.- DEFINICIÓN DE TÉRMINOS.

- **DERECHO DE DEFENSA¹⁵⁸**: El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses.
- **ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO¹⁵⁹**: Se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de funciones las supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales.
- **INVESTIGACIÓN PRELIMINAR¹⁶⁰**: Es aquella investigación prejurisdiccional que realiza el Ministerio Público con apoyo de la policía, pero siempre bajo su dirección, teniendo como finalidad reunir los requisitos para promover la acción penal. En ésta etapa, la policía elaborará un atestado policial.
- **INVESTIGACIÓN PREPARATORIA¹⁶¹**: Primera fase del proceso penal común está destinada a los actos de investigación, es decir, a aquellos actos destinados a reunir información que permita sustentar la imputación efectuada con la acusación. Es una etapa en la que se van a introducir diversas hipótesis sobre los hechos, a través de los

¹⁵⁸ Definición esbozada en la Sentencia emitida en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC.

¹⁵⁹ GUTIERRES, Walter. (2008). *“La Constitución Comentada”*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. p. 687.

¹⁶⁰ EGACAL. *“Derecho Procesal Penal”*. En sitio web: <http://egacal.educativa.com/upload/CNMProPenal.pdf>.

¹⁶¹ *Ibíd.*

medios de prueba. En esta etapa el Juez de la Investigación preparatoria controla el respeto de los derechos del imputado.

- **JUEZ NATURAL¹⁶²**: El Juez es aquel que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa. Se llama Juez Natural a la garantía que posee toda persona a ser juzgada por un tribunal constituido con anterioridad a la ocurrencia del hecho delictual.
- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD¹⁶³**: La automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente el Ministerio Público Fiscal, y su subordinada, la policía) que frente a la hipótesis de la comisión de hecho delictivo (de acción pública) comienzan a investigarlo, o piden a los tribunales que lo hagan, y reclaman luego el juzgamiento, y posteriormente y si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.
- **PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹⁶⁴**: En virtud de la misma, la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado; y este debe ser tratado como inocente hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva.

¹⁶² CABANELLAS, Guillermo (2008). "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo V. Editorial Heliasta S.R.L. 29 Edición. Buenos Aires. P. 17.

¹⁶³ MONICA. (2007). "Derecho Procesal Penal Cordoba" Artículo publicado en la página web: http://www.alipso.com/monografias2/derecho_procesal_penal_/index.php. Visitado el 07/07/11

¹⁶⁴ CABANELLAS, Guillermo (2008). "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo VI. Editorial Heliasta S.R.L. 29 Edición. Buenos Aires. P. 390.

- **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**¹⁶⁵: Es un ordenamiento procesal, que autoriza a los órganos de persecución penal que cuando están frente a delitos que no revistan esencial gravedad, promover el sobreseimiento, basado en razones como la escasa lesión social, la reparación del daño y la economía procesal.
- **SISTEMA PENAL**¹⁶⁶: Conjunto de principios, normas o reglas lógicamente enlazados entre sí, que integran y fundamentan la legislación penal que regula un país determinado.
- **TRANSGREDIR**¹⁶⁷: Quebrantar, infringir o violar una ley, reglamento u orden.

¹⁶⁵ EGACAL. “*Derecho Procesal Penal*”. En sitio web: <http://egacal.educativa.com/upload/CNMProPenal.pdf>.

¹⁶⁶ CABANELLAS, Guillermo (2008). “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*” Tomo VII. Editorial Heliasta S.R.L. 29 Edición. Buenos Aires. P. 449.

¹⁶⁷ CABANELLAS, Guillermo (2008). “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*” Tomo VIII. Editorial Heliasta S.R.L. 29 Edición. Buenos Aires. P. 170.

III. MATERIALES Y MÉTODOS.

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente investigación fue de tipo Teórico - Dogmático.

NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

La investigación es de carácter descriptivo – explicativo –comparativo. Por cuanto estuvo orientado a describir, explicar, y dar a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas con el tema. Explicar las causas, consecuencias y relaciones de las variables de estudio y establecer sus particularidades.

Asimismo se realiza un trabajo de tipo comparativo, tratando de identificar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia entre los sistemas jurídicos extranjeros de mayor influencia y similitud con el nuestro.

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

Para la elaboración de la investigación se hizo uso de los siguientes métodos jurídicos:

- **MÉTODO DOGMÁTICO:** Actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación,

etc.). Mediante este método se estudió y analizó la información proporcionada por la doctrina, la jurisprudencia y legislación nacional y comparada a partir de la cual se realizó inferencias lógicas a fin de explicar las instituciones investigadas.

- **MÉTODO EXEGÉTICO:** Consiste en interpretar exclusivamente la voluntad del legislador, para determinar lo que quiso decir (búsqueda del pensamiento del autor de la ley) tomando en consideración las necesidades del momento en que la aplicación de la ley ha de realizarse. Mediante este método se analizó la legislación relacionada a la pena en general y la cadena perpetua en particular a fin de determinar sus alcances.

- **MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA:** Consiste en buscar el sentido y alcance efectivo de la norma para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a las relaciones sociales que han de ser reguladas. Mediante este método se analizó la legislación nacional referida a la cadena perpetua, la dignidad humana y fines de la pena, a través de los siguientes tipos de interpretación:
 - ✓ **Interpretación Gramatical o Literal:** Donde con la ayuda de las reglas gramaticales y del uso del lenguaje se indagó el significado de los términos en que se expresa la disposición normativa analizada.

- ✓ **Interpretación Sistemática:** Se buscó extraer del texto de la norma analizada un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento o sistema del que forma parte.
 - ✓ **Interpretación Histórica:** Se estudió los contextos anteriores que pudieron haber influido en el entendimiento actual de la norma analizada.
 - ✓ **Interpretación Genética:** Se indagó las causas que originaron el surgimiento de la norma analizada.
 - ✓ **Interpretación Teleológica:** Se pretendió atribuir un significado a la norma analizada atendiendo a la finalidad del precepto.
- **MÉTODO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:** Consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos técnicamente expuestos (discurso jurídico), para convencer al destinatario de la veracidad o validez de una tesis. La estructura de la argumentación jurídica es trivalente, la primera es la premisa, la segunda la inferencia y la tercera la conclusión, las tres bases de la argumentación deben consolidarse para efecto de tener unidad del agravio expuesto y solidez lógica. Mediante este método se organizó lógicamente un discurso jurídico a partir del análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia referente al fin resocializador de la pena y a la cadena perpetua, para que a partir de una inferencia (relación entre premisas) se concluya una tesis consistente, veraz y válida.

3.3. ESTRATEGIAS O PROCEDIMIENTOS DE RECOJO, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE INFORMACIÓN:

Con la finalidad de recopilar suficiente información sobre el tema de investigación que permita un adecuado sustento de la posición adoptada en la tesis se visitó (por la mayor accesibilidad) las diferentes bibliotecas de las universidades de esta localidad (universidades y Colegio de Abogados de Ancash); sin embargo paralelamente se recurrió a otras ciudades del país en busca de textos bibliográficos, revistas jurídicas y todo material documental que se relacione al tema.

Adicionalmente se recurrió al ciberespacio a fin de aprovechar la abundante información colocada en la misma, lo cual permitió un acercamiento a las diferentes legislaciones y realidades de otros países.

Asimismo, y con la finalidad de conocer la opinión de los operadores del Derecho (Jueces, Fiscales y abogados) de la ciudad de Huaraz respecto al Principio de Oportunidad regulado en el Código Procesal Penal de 2004. Se realizó una encuesta los días 2 y 3 de Noviembre de 2012.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

TÉCNICA	INSTRUMENTO
Fichaje	Ficha Bibliográfica Ficha Hemerográficas Ficha Textual Ficha de Resumen
Encuesta	Cuestionario

3.5. CONTEXTO:

La presente investigación ha sido desarrollada en la ciudad de Huaraz, Departamento de Ancash, durante el año 2010-2012.

3.6. UNIDAD DE ANÁLISIS O INFORMANTES:

- Doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y comparada.
- Operadores del Derecho (Jueces, Fiscales y abogados).

IV. RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS:

La encuesta fue dirigida a los operadores del Derecho (específicamente de los fiscales y abogados litigantes) para lo cual se elaboró diez interrogantes.

La población de los Fiscales Especializados en materia penal es de 12 (provinciales y adjuntos) incluyendo el pool de fiscales adjuntos de la provincia de Huaraz, siendo la muestra referencial para la aplicación de la encuesta los 12 Fiscales (04 fiscales provinciales penales y 08 fiscales provinciales adjuntos penales).

Por otro lado, la población de abogados litigantes está conformada por un total de 2,250 letrados colegiados en el Distrito Judicial de Ancash, cuya muestra referencial para la aplicación de la encuesta es 48 abogados litigantes.

4.2. ENCUESTA APLICADA A LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

A efectos de obtener la apreciación crítica de los operadores del Derecho (específicamente de los fiscales y abogados litigantes) conocedores de la institución jurídica del principio de oportunidad se elaboró los cuestionarios consistente en diez interrogantes, llevados a cabo entre los días 14 al 16 de octubre de 2010; aplicándose las encuestas los días 02 al 04 de noviembre de 2010. El resultado de la

encuesta aplicada es referencial, no influirá en los resultados obtenidos; toda vez que, se trata de una investigación teórica, no experimental y documental.

4.2.1. ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DE DATOS:

CUADRO N° 01

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A LA INTERROGANTE DE QUE SI TIENEN CONOCIMIENTO ACERCA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGULADO EN EL ART. 2° DEL NCPP

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SÍ	12	20	48	80	60	100
NO	00	0,0	00	0,0	00	0,0
OTRO	00	0,0	00	0,0	00	0,0
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si conocen la institución jurídica del Principio de Oportunidad, se advierte que el 100% de los encuestados (Fiscales y abogados) manifiestan que conocen la figura jurídica del Principio de Oportunidad regulado en el artículo 2° del NCPP.

CUADRO N° 02

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A QUE CON LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (EN LOS CASOS DETERMINADOS POR LEY) SE EVITA UN PROCESO JUDICIAL.

OPERADORES						
OPINIÓN	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SÍ	11	18,3	48	80	59	98,3
NO	01	1,7	00	0,0	01	1,7
OTRO	00	0,0	00	0,0	00	0,0
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si con la aplicación del principio de oportunidad, en los casos determinados por Ley, se evita un proceso judicial; al respecto los Fiscales en un 18,3% opinaron que si se evita un proceso judicial con la aplicación del Principio de Oportunidad, mientras que el 1,7% manifestó que se no (en algunos casos se ejercitaba la acción penal). El 80% de abogados litigantes refirieron que sí, quienes explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 03

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A QUE EN LOS DELITOS DE BAGATELA O MÍNIMA RELEVANCIA JURÍDICA, EL FISCAL QUE INVESTIGÓ ES QUIEN AL FINAL RESUELVE EL CASO (ABSTENIÉNDOSE DE EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA).

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SI	11	18,3	39	65	50	83,3
NO	01	1,7	09	15	10	16,7
OTRO	00	0,0	00	0,0	00	0,0
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si en los delitos de bagatela o mínima relevancia jurídica, el Fiscal que investigó es quien al final resuelve el caso, absteniéndose de ejercitar la acción penal pública; en un 18,3% los Fiscales opinaron que si él es quien resuelve, mientras que el 1,7% manifestó que se no (en algunos casos se ejercitaba la acción penal). El 65% de abogados litigantes refirieron que sí; y, el 15% indicó que no; quienes explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 04

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO REFERENTE A QUE SI CON LA ABSTENCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA SE TRASGREDE EL DRECHO AL JUEZ NATURAL, QUIEN DEBE RESOLVER LAS CAUSAS.

OPERADORES						
OPINIÓN	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SÍ	00	0,0	8	13,6	8	13,6
NO	11	18,7	36	61	47	79,7
OTRO	00	0,0	04	6,7	04	6,7
TOTAL	11	18,7	48	81,3	59	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si con la abstención del ejercicio de la acción penal pública se trasgrede el Derecho al Juez Natural; en un 18,7% los fiscales opinaron que no; en tanto que en un 13,6% de los abogados litigantes refirieron que sí, mientras que el 61% de ellos manifestaron que no y un 6,7% se inclino por otra respuesta; quienes explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 05

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A QUE CON LA APLICACIÓN EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN UN CASO DETERMINADO YA SE CONSIDERA AL INCOADO RESPONSABLE DEL HECHO DELICTIVO POR ELLO SE LE IMPONE PAGAR UNA REPARACIÓN CIVIL.

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SÍ	10	16,6	39	65	49	81,6
NO	01	1,7	09	15	10	16,7
OTRO	01	1,7	00	0,0	01	1,7
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si con la aplicación del principio de oportunidad en un caso determinado ya se considera al incoado responsable del hecho delictivo por ello se le impone a pagar una reparación civil; al respecto en un 16,6% los Fiscales opinaron que si, mientras que el 1,7% manifestó que se no, y el 1,7% otorgaron otra respuesta. En tanto que en un 65% de abogados litigantes refirieron que sí; y, el 15% indicó que no; quienes explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 06

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO REFERENTE A QUE SI POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SE TRASGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, YA QUE SE LE IMPONE AL IMPUTADO EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL.

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SÍ	00	0,0	12	20	12	20
NO	12	20	35	58,3	47	78,3
OTRO	00	0,0	01	1,7	01	1,7
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si por la aplicación del principio de oportunidad en la investigación preliminar se trasgrede el principio de presunción de inocencia, ya que se le impone al imputado el pago de la reparación civil; al respecto el 20% de los Fiscales opinaron que no. En tanto que el 20% de abogados litigantes refirieron que sí; y, el 58,3% indicó que no; mientras que el 1,7% refirió otra alternativa; todos explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 07

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A QUE SI LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL POSTERIOR ACUERDO REPARATORIO EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, SE REALIZA SIEMPRE CON LA PRESENCIA DEL ABOGADO DEL INCOADO.

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SIEMPRE	01	1,7	08	13,3	09	15
A VECES	11	18,3	40	66,7	51	85
NUNCA	00	0,0	00	0,0	00	0,0
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si la aplicación del principio de oportunidad y el posterior acuerdo reparatorio en la investigación preliminar, se realiza siempre con la presencia del abogado del incoado; en un 1,7 % los Fiscales opinaron que siempre; mientras que el 18,3% manifestaron que sólo a veces. En tanto que el 13,3% de abogados litigantes refirieron que siempre; y, el 66,7% indicaron que a veces; todos explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 08

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO REFERENTE A QUE SI EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EN EL POSTERIOR ACUERDO REPARATORIO, EL ESTADO GARANTIZA LA DEFENSA TÉCNICA DEL IMPUTADO CON UN ABOGADO DE OFICIO.

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SI	01	1,7	06	10	07	11,7
NO	10	16,6	42	70	52	86,6
OTRO	01	1,7	00	0,0	1	1,7
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si en la aplicación del principio de oportunidad y en el posterior acuerdo reparatorio, el Estado garantiza la defensa técnica del imputado con un abogado de oficio; el 1,7 % de los Fiscales manifestaron que sí; mientras que el 16,6% opinaron que no, y e 1,7% indicaron otra respuesta. En cuanto a los abogados litigantes el 10% refirieron que sí; y, el 70% indicaron que no; todos explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 09

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A QUE DEBERÍA CORRESPONDER AL ÓRGANO JURISDICCIONAL APROBAR EL ACUERDO ARRIBADO EN DESPACHO FISCAL, PARA VERIFICAR QUE NO SE HA VULNERADO LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LAS PARTES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SI	03	5	19	31,7	22	36,7
NO	07	11,7	29	48,3	36	60
OTRO	02	3,3	00	0,0	02	3,3
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al preguntar a los fiscales y abogados litigantes, si debería corresponder al órgano jurisdiccional aprobar el acuerdo arribado en despacho fiscal, para verificar que no se ha vulnerado las garantías constitucionales de las partes en la aplicación del principio de oportunidad; al respecto los Fiscales en un 5% manifestaron que sí; en tanto que el 11,7% opinaron que no, y el 3,3% indicaron otra respuesta. En cuanto a los abogados litigantes el 31,7% refirieron que sí; y, el 48,3% manifestaron que no; todos explicaron brevemente su punto de vista.

CUADRO N° 10

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO REFERENTE A QUE SI TIENE CONOCIMIENTO QUE EN LOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA Y EN EL CÓDIGO PENAL MODELO DE IBEROAMÉRICA, LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL SON APROBADOS POR EL JUEZ

OPINIÓN	OPERADORES					
	FISCALES		ABOGADOS		TOTAL	
	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%
SI	03	5,0	5	8,3	08	13,3
NO	09	15	43	71,7	52	86,7
OTRO	00	0,0	00	0,0	00	0,0
TOTAL	12	20	48	80	60	100

Fuente: encuesta aplicados a los fiscales y abogados.

Interpretación

En el cuadro se presentan los resultados al interrogar a los fiscales y abogados litigantes, si tiene conocimiento que en los países de Latinoamérica y en el Código Penal Modelo para Iberoamérica, los criterios de oportunidad en el proceso penal son aprobados por el Juez; al respecto los Fiscales en un 5% manifestaron que sí; en tanto que el 15% opinaron que no. En cuanto a los abogados litigantes el 8,3% refirieron que sí; y, el 71,7% manifestaron que no.

V. DISCUSION

5.1.- DISCUSIÓN LEGAL: EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y LEGISLACIÓN COMPARADA:

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGULADO EN EL ARTÍCULO 2º DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004.

El Principio de Oportunidad establecido en el artículo 2º del Código Procesal Penal de 2004, según la exposición de motivos, se expresa como la posibilidad que tienen los órganos encargados de perseguir el delito, fundadas en supuestas cuestiones de utilidad y descarga procesal, archivar las causas en los delitos de mínima relevancia jurídica. Así el citado dispositivo legal señala que “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se

suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos.

No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).”

De su lectura se puede inferir que, el archivo o no de las causas en los delitos ahí detallados, se encuentra en poder del ente acusador, con lo cual se trasgrede lo dispuesto en los artículos 138 y 139 de la Constitución Política del Estado, que prescribe:

“Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. (...)

“Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de

investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. La pluralidad de la instancia. (...)

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial. (...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con

un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”

En este sentido, la Constitución Política del Perú recoge la garantía jurisdiccional en los artículos indicados; por el cual, la facultad de administrar justicia se encuentra en manos del pueblo y que su ejercicio se encargó al órgano jurisdiccional; y que, además, se prohíbe jurisdicción independiente, con excepción al fuero militar y arbitral; cuya salvedad no es para los casos de delitos comunes.

Así, con el procedimiento establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal de 2004 se crea una jurisdicción independiente para los delitos detallados allí indicados, vulnerando de esta manera los principios constitucionales que inspiran el proceso penal peruano contenidos en los artículos 138 y 139 de la Norma Fundamental.

Para la mayoría de los juristas peruanos y extranjeros que apoyan al criterio de oportunidad, señalan que el requisito para la aplicación del principio de oportunidad es la escasa relevancia social que supone la comisión de estos delitos, la pena carece de significación, la pronta reparación civil a las víctimas y hasta la despenalización de estos delitos.

Asimismo, se indica que el principio de oportunidad rige en todos los procesos en los cuales el interés preponderantemente es sólo del individuo afectado; donde la afectación a los bienes jurídicos legalmente protegidos es mínima¹⁶⁸. Sin embargo, no se repara que con esta aplicación se afectan los principios constitucionales que inspiran el proceso penal peruano, tales como

¹⁶⁸ MELGAREJO BARRETO, Pepe. Ob. Cit. p, 118.

principio de legalidad que, como lo indica Bovino el principio de legalidad procesal impone a los órganos estatales correspondientes el deber de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible. El mismo principio exige que, una vez promovida la persecución penal, ésta no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario, o relacionado con la escasa gravedad del hecho, puede ser utilizado para no iniciar –o para no continuar– la persecución.¹⁶⁹

En la regulación del principio de oportunidad a nivel preliminar se observa de una parte al Fiscal Provincial quien tiene la facultad disponer sobre la abstención o no del ejercicio de la acción penal en determinados casos, y de otra parte, al imputado quien tiene que acogerse a este principio reconociendo su *responsabilidad*; por lo que, su voluntad se encuentra coaccionada ya que si no lo hace tendrá que arreglárselas en un proceso penal más o menor largo, lo que constituye que para el imputado un maltrato psicológico, pues como lo señala Jorge Zavala Baquerizo¹⁷⁰ la diferencia entre la tortura física y la oferta de menor penalidad es la misma: en ambos casos tiende a la autoconfesión. En la tortura sufre el cuerpo, en la oferta sufre la inteligencia, con la diferencia que en esta última existe una inducción que vicia el consentimiento, en tanto que en aquélla la violencia material es el vicio creador del consentimiento, aunado a este evento el investigado no cuenta con defensa técnica, con lo que se

¹⁶⁹ BOVINO HURTADO, Alberto. *Principio de Oportunidad y Proceso de Reforma en América*. Artículo publicado en la página web: <http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08/principio-de-oportunidad-y-proceso-de.html>. Visitado el 01/12/12.

¹⁷⁰ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Tesis publicada en página web: http://www.alfonsozambrano.com/libros/garantias_constitucionales.pdf. Visitado el 01/12/12.

trasgrede el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa del imputado.

En nuestro Estado Social y Democrático de Derecho donde el principio de legalidad es una garantía constitucional no es admisible la aplicación del Principio de Oportunidad a nivel preliminar regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004; toda vez que, transgrede los principios constitucionales que inspiran el sistema procesal penal tales como el principio de jurisdiccionalidad (artículos 138 y 139° de la Constitución Política); puesto que, en los acuerdos adoptados entre el fiscal y el incoado no hay intervención del órgano judicial para garantizar que no se haya vulnerado las garantías procesales; el principio de presunción de inocencia (art. 2°.24. e' de la Constitución Política); toda vez que, sin ninguna estación probatoria ni resolución firme por la que se considere que el imputado tiene responsabilidad en el hecho delictivo; el derecho de defensa (art. 139°.14 de la Constitución Política); no existe una estación probatoria ni igualdad de armas.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

a) Alemania.- El Principio de Oportunidad tiene sus orígenes en este País a través de la “Ley Emminger” del 04 de Enero de 1924 –artículo 153- en virtud del cual el Ministerio Público quedó facultado ha abstenerse del ejercicio de la acción penal para satisfacción de determinados presupuestos como son: a) Reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) Cumplir determinadas obligaciones. *Los criterios*

reguladores en la legislación alemana han de guiar la decisión del fiscal, pero están sometidos a un control judicial, en cuanto es obligatorio con la aprobación del Tribunal¹⁷¹, salvo algunas excepciones (delitos contra el patrimonio).

Entonces, criterios sobre los cuales ha de guiarse la decisión del Fiscal serán sometidos al control judicial.

b) Estados Unidos.- Entre el 75% y 90% de casos se resuelven bajo criterios de oportunidad. Mediante el denominado “Plan Bergaming” el inculpado se declara culpable, renunciando a que su caso sea visto en juicio e incluso a la posibilidad de que salga absuelto. El poder discrecional del Ministerio Público es muy amplio, no es regulado. *El Derecho norteamericano es un sistema de partes. Las partes van a poder disponer del objeto del proceso. El Ministerio Fiscal (persecutor) va a poder renunciar a la acción penal o revocarla lejos de cualquier control del órgano jurisdiccional; el imputado puede declararse culpable (guilty plea) y exonerar, con ello, a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación.*”¹⁷²

c) España.- Respecto a esta rama del Derecho, en el ordenamiento jurídico procesal penal Español existe el proceso penal abreviado que consiste en la conformidad del acusado o conformidad del procesado, en los delitos de menor criminalidad y con poca importancia, permitiéndose trate que las

¹⁷¹ BARDALEZ RÍOS, Artemio. (2003) “*El Principio de Oportunidad en Proceso Penal Peruano*”. Ediciones Jurídicas. Lima, p, 100.

¹⁷² *Ibíd.*

partes concilien lo mismo que el Ministerio Público Fiscal; acuerdo que tiene que ser aprobado por el Fiscal y por el Juez.

d) Italia.- A fin de evitar el juzgamiento (juicio oral) o concluir lo iniciado existe el proceso abreviado ó “paterggimento” que se basa en el acuerdo realizado o el Ministerio Público y el Imputado sobre la posible pena siempre que existan circunstancias atenuantes que lo permitan y que la pena no sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad; *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”. A pedido del imputado con consentimiento del Ministerio Público, el Juez puede dictar sentencia sin debate oral, con la posibilidad de reducción de la pena a imponerse.*”¹⁷³

Se advierte que, el acuerdo es evaluado y aprobado por el Juez e incluso puede rechazar la solicitud si las propuestas a que han llegado las partes no son correctas.

e)Argentina.- Se apertura un procedimiento de prueba que detiene la acción penal, cumplido el período de prueba satisfactoriamente se declara extinguida la acción penal, para lo cual debe haber: 1) consentimiento de imputado; 2)reparación del daño, y 3)No haber cometido un delito anterior. *Si se trasgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el Tribunal previa*

¹⁷³ Ibidem.

audiencia en la que interviene el imputad, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él.”¹⁷⁴

f) Colombia.- El Principio de Oportunidad no es una discriminación sobre la conveniencia o no de su aplicación, debido a que esta regulado en el artículo 60 de la Ley 81 de 1993 que modifica el artículo 38 del C.P.P., donde se señala los delitos que admite desistimiento. Aquí se denominan “conciliación” y es factible aplicar en: 1)Indagación previa, previo acuerdo se expide resolución inhibitoria, 2)En Instrucción, luego de expedido el auto admisorio, pasado diez días siguientes debe realizarse la audiencia de conciliación, si prospera se expide la resolución de preclusión, 3)En el Juzgamiento; Hasta antes que quede ejecutoriada la sentencia definitiva. El reconocimiento del acuerdo se declara mediante “auto de casación de procedimiento” por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal. La conciliación es sobre contenido estrictamente económico.

En otros países de la región el criterio de oportunidad se realiza ante el Juez así tenemos:

“En Costa Rica la conciliación debe producirse frente al Juez, o al menos con ocasión de su intervención, pues se requiere que éste homologue los acuerdos, y en especial no la apruebe “...cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervengan no están en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza” (art. 36 CPP de 1996). Desde luego todo el proceso de negociación puede ser

¹⁷⁴ *Ibíd.*

*conducido directamente por el juez, o bien puede recurrirse a otros sujetos facilitadores. Dispone la norma últimamente referida que “para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor”.*¹⁷⁵

*En El Salvador no se indica en forma expresa ante quien, pero corresponde a la víctima comunicar el acuerdo al tribunal, en forma personal, debiendo el juez levantar una acta donde se determinen las obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento (art. 32 in fine CPP de 1996 de El Salvador).*¹⁷⁶

5.2.- DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL:

Del análisis de las siguientes ejecutorias se puede concluir:

- **EXP. N.º 763-2005-PA/TC** el Supremo Interprete de la Constitución en los considerandos 6 al 9 hace referencia a la **tutela judicial efectiva y sus alcances:**

“6. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ *Ibíd.*

extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.

La tutela judicial efectiva se encuentra comprendida en el principio de jurisdiccionalidad (establecido en el artículo 139.3 de la Constitución Política) que comprende dos supuestos, el primero que es la facultad de cualquier justiciable de poder acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada; y, el segundo que, lo resuelto pueda surtir sus efectos jurídicos.

Acceso a la justicia que es inobservado con lo regulado en el artículo 2 del Código Procesal Penal de 2004; toda vez que, en los injustos penales señalados en el artículo en mención, la tutela judicial no se hace efectiva; pues, estos casos son sólo resueltos por el representante del Ministerio Público.

- **EXPEDIENTE N° 0004-2006-PI/TC**, en este expediente en su fundamento 15 a y b hace referencia al *principio de exclusividad de la función jurisdiccional*:

De otro lado, fuertemente vinculado con el principio de unidad se encuentra el mencionado *principio de exclusividad de la función jurisdiccional*. En general, conforme al primer y segundo párrafos del artículo 146 y al

artículo 139 inciso 1, de la Constitución, y como se desprende de lo expuesto en las aludidas sentencias de este Colegiado, este principio posee dos vertientes:

a) **Exclusividad judicial en su vertiente negativa:** se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia, no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. Esta vertiente del *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* se encuentra directamente relacionada con el *principio de imparcialidad de la función jurisdiccional*, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente negativa, que los jueces militares no puedan desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función exclusivamente castrense, salvo la docencia universitaria, es decir, no podrán desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar o de mando castrense, entre otras.

b) **Exclusividad judicial en su vertiente positiva:** se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede

ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente positiva, que sólo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar –ya sea que esta se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial– podrán conocer los denominados “delitos de la función militar”.

- **EXPEDIENTE N.º 3075-2006-PA/TC**, este expediente en sus fundamentos 3 y 4 el Tribunal Constitucional ha señalado los ámbitos y dimensiones de aplicación del Debido Proceso, de la siguiente manera:

3.- De lo que aparece descrito en la demanda y de los recaudos que la acompañan se aprecia que lo que principalmente pretende el recurrente es cuestionar las resoluciones administrativas emitidas por las dependencias del Indecopi, no solo por la forma como se ha tramitado el procedimiento que culminó con su expedición, sino por el contenido o los alcances en que han derivado tales resoluciones. En otras palabras, se trata de una demanda que en lo esencial invoca la defensa del derecho al debido proceso administrativo,

entendiendo que dicho atributo ha sido vulnerado no solo en términos formales, sino también en términos sustantivos.

4.- Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances

corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. (...)

El máximo intérprete de la Constitución se pronuncia respecto al debido proceso como un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, y que no sólo se atañe al fuero judicial si no también su ámbito se extiende en sede administrativo. Además el debido proceso abarca aspectos formales o procedimentales, y también se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material; los primeros están referidos a las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc) y las segundas refieren a los criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

En el procedimiento regulado en el artículo 2 del Código Procesal de 2004 se incumplen con los aspectos formal y sustantivo del debido proceso; puesto que, el delito considerado como la lesión al bien jurídico protegido, es perseguible y sancionado por el Estado, cuyos órganos encargados de la administración de justicia es el Poder Judicial; empero, la intervención de este Poder del Estado se ve desplazada por el órgano persecutor del delito, quienes mediante disposición, no que se fundamenta en fuerte elementos de convicción, resuelve caso.

- **EXPEDIENTE N° 06442-2007-PHC**, en los fundamentos 3 y 4 de este expediente el Tribunal Constitucional señala las dimensiones material y formal del derecho de defensa:

3. El artículo 139° inciso 14) de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

4. Del tenor de la norma glosada, es posible afirmar que el derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, presenta una doble dimensión: una material, mediante la cual el inculcado tiene derecho de ejercer su propia defensa desde el momento en el cual toma conocimiento de que se le viene imputando la comisión de un delito; y otra formal, que implica el derecho a una defensa técnica, es decir, el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Cabe afirmar que ambas dimensiones forman parte del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho de defensa, el cual tiene como objetivo final el garantizar el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.

En el artículo 2 del Código Procesal Penal de 2004 prevé que el Fiscal propondrá, en los delitos y circunstancias en los supuestos señalados, al imputado un acuerdo reparatorio que deberá ser aceptado por éste para no afrontar un proceso judicial; como se puede inferir al inculcado en este

procedimiento no se le garantiza defensa técnica o defensa formal como lo define Asencios Mellado¹⁷⁷, quien afirma que, tiene su razón de ser en el carácter técnico del proceso, de las normas que lo disciplinan y en la necesidad, pues, de respetar el principio de igualdad entre las partes. No cabe duda que se rompería el equilibrio entre las partes si se privara o no impusiera como requisito esencial la asistencia al imputado de un técnico en derecho. Entonces, la disposición contenida en el artículo 2 del Código Procesal Penal rompe una de las dimensiones que conforman parte del contenido constitucionalmente protegido.

- **EXPEDIENTE N° 01937-2006-HC**, en los fundamentos 2 de este expediente el Supremo Intérprete de la Constitución el contenido del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley o al juez natural:

2. En lo que respecta a la presunta afectación del principio del juez natural o juez predeterminado por ley, este Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre el contenido del precitado derecho. Así, de acuerdo con el criterio adoptado por este Tribunal [Exp N° 0290-2002-HC/TC; Exps. N.° 1013-2002-HC/TC y N.° 1076-2003-HC/TC], el derecho invocado comporta dos exigencias. En primer lugar, 1) que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada *ex profeso* para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes

¹⁷⁷ ASECIO MELLADO, José M. (2008). “*Derecho Procesal Penal*”. Cuarta edición. Editorial TIRAT LO BLANCH. Valencia, España. p, 62.

públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual implica: a) el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, que dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime si el artículo 82.28, de la misma Ley Orgánica de Poder Judicial autoriza la creación y supresión de “Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia”

Como se puede advertir el contenido del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley o al juez natural, contiene dos exigencias. El primero es que, quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada *ex profeso* para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o

delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional.

Atendiendo a ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Perú, el Estado ha monopolizado el ejercicio de la acción penal, encargando la función jurisdiccional al Poder Judicial, tal como se puede desprender de los artículos 45, 138 y 139 de la Constitución Política del Estado, y atribuyendo la persecución del delito a los representantes del Ministerio Público (artículo 159 de la Constitución Política del Estado); en ese sentido, ante la comisión de un evento delictivo el aparato estatal mediante los Fiscales perseguirán el delito y en un proceso judicial será el juez quien resuelve caso. Sin embargo, con lo dispuesto en el artículo segundo del CPP de 2004 la resolución de los delitos corresponde al órgano persecutor, hecho que trasgrede el principio de jurisdicción predeterminada y al juez natural.

En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso. Ya habiéndose establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial las instancias judiciales que conocerán las causas penales ante la comisión de un hecho delictivo, las instancias correspondientes conocerán y resolverán los delitos (incluso lo delitos denominados de bagatela) no correspondiendo entonces al Ministerio Público resolver las causas.

- **EXPEDIENTE N° 10107-2005-HC**, en los fundamentos 5 al 7 de este expediente el Supremo Intérprete de la Constitución, señala el contenido y límites del derecho a la presunción de inocencia:

5. En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia (*cf.* STC 0618-2005-PHC7TC, FJ 22) comprende: “(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”.

6. No obstante el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es pertinente hacer algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

7. Por otro lado, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación, “(...) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal

orientado en principios propios de un Estado de derecho”; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tántum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

5.3.- DISCUSIÓN DOCTRINARIA

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, JURISDICCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

POSICIONES A FAVOR DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Julio Maier considera que el principio de oportunidad cumple dos grandes objetivos: a) la descriminalización de hechos, pues, existen casos donde resulta innecesaria la aplicación de la pena; b) la eficiencia del sistema penal, pues en este se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permite el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.¹⁷⁸

Sánchez Velarde indica el fundamento del principio de oportunidad se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. Se trata de casos en los cuales no existe un interés social de punición y que pueden ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o

¹⁷⁸ MAIER, Julio (1989). Derecho procesal penal Argentino, Editorial Hammurabi, SRL, Buenos Aires, , pp.562.

dando por concluido el ya iniciado. Agrega que también tiene un fundamento de índole político, su innovación legislativa obedece a la necesidad, no de luchar contra la delincuencia, sino de solucionar problemas de saturación de los procesos penales. Además, la aplicación del principio de oportunidad encuentra fundamento en consideraciones político – criminales de prevención especial, en tanto se espera que el imputado que se acoja a este criterio no vuelva a incurrir en alguna infracción penal.¹⁷⁹

GUARIGLIA el autor en comentario refiere que los poderes discrecionales del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente o, desistiendo de su ejercicio, cuando esto le es permitido, si hubiere sido promovida; asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley y, por regla general, su ejercicio está sujeto a la aprobación del Tribunal.¹⁸⁰

Melgarejo Barreto es la facultad que tiene el Fiscal Provincial, bajo determinadas condiciones establecidas en la ley, de abstenerse y continuar con el ejercicio de la acción penal pública; comprobando la existencia de suficientes elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación del imputado en su comisión; debiendo además contar con la aceptación de éste último, para su aplicación.¹⁸¹

Palacios Dextre, Dario y Monge Guillergua Ruth, concluyen que la oportunidad reglada no quebranta el principio de oportunidad. Por el contrario se trata de una manifestación de este último, pues al aplicarse se hace uso de lo

¹⁷⁹ *Ibíd.* pp, 821-822

¹⁸⁰ *Ibíd.* p, 825.

¹⁸¹ MELGAREJO BARRETO, Pepe. Ob. Cit. p, 118.

que la ley disponer. Se actúa dentro de las parcelas legales. Lo que se presenta realmente es una atenuación del principio de obligatoriedad de la acusación.

POSICIONES EN CONTRA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

- **Luigi Ferrajoli**, sostiene que según una primera acepción, garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista, todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.¹⁸²

Por tanto, considera que el principio de oportunidad puede traer más costos que beneficios, pues se trata de pactos en condiciones de desigualdad que pueden favorecer testimonios, calumniosos y por conveniencia que provoca una disparidad de tratamientos e inseguridad jurídica. Un proceso de este tipo, desquicia el sistema de garantías, pues se rompe con el nexo causal entre delitos y penas, que ya no dependen de la gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación. Además, se violentan los principios de igualdad, certeza, y legalidad penal,

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi (1997). Derecho y Razón, Editorial Trotta, España, pp 567-570

pues no existe un criterio legal definido que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público.¹⁸³

- **SÁEZ CAPEL** afirma que el garantismo constituye una completa filosofía del derecho que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas defendidas o sugeridas en otras filosofías del derecho, si bien su presentación por parte de L. FERRAJOLI, ofrece novedades importantes respecto de ellas. Pero como teoría de la justicia, propone un ambicioso modelo que se encuentra llamado a culminar el proceso liberador de la Ilustración y de la Revolución de 1789, que obliga al legislador, al juez y al jurista.¹⁸⁴

- **Montero Aroca** señala que con el principio de oportunidad lo que pretende es limitar los poderes del órgano jurisdiccional fortaleciendo al ministerio Público, disminuyendo el poder de un órgano independiente como lo son los jueces y aumentar los poderes de un órgano subordinado al ejecutivo.¹⁸⁵

POSICIÓN PERSONAL.

El Estado peruano, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental). Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se derive la igualdad ante la

¹⁸³ *Ibidem*, pp 820-834

¹⁸⁴ SÁEZ CAPEL, José. EL GARANTISMO PENAL LA LÓGICA CONTRAPUESTA DE CARÁCTER REPRESIVO. En sitio web: www.uss.edu.pe/.../2.-%20EL%20GARANTISMO%20PENAL,%20LA%20...

¹⁸⁵ MONTERO AROCA, Juan. (2000) El Derecho Procesal en el Siglo XX, Tirant lo Blach, Valencia, pp 124-137.

ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

De manera que el Estado peruano presenta *las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado social*¹⁸⁶. Así en el Estado Social y Democrático de Derecho *los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución)*¹⁸⁷”

En efecto, conforme a lo indicado por el colegiado constitucional y los autores citados, el Estado peruano, se constituiría en un Estado Social Democrático de Derecho al presentar los elementos básicos de mismo, como la interrelación de los derechos individuales y sociales cuya finalidad es asegurar la primacía de la dignidad del ser humano.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 06089-2006-PA/TC, fj. N° 10.

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC del 01/04/2005, fj. N° 04.

¹⁸⁸ HAYEK, F.A. (1991). *“Los fundamentos de la Libertad”*. Ed. Unión. Madrid. P. 26.

En este contexto tal como está estructurado actualmente nuestro sistema penal sigue respondiendo al principio de legalidad, no existe marco jurídico que permita incorporar el principio de oportunidad, al menos, en la investigación preliminar.

El principio de jurisdiccionalidad se encuentra consagrado en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado de 1993 que informa que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida por el Poder Judicial quien la ejerce a través de sus funcionarios a quienes se les encomienda el conocimiento de determinados asuntos con el objeto de mantener la paz social en justicia; este principio tiene dos alcances uno *lato* constituido por la imposibilidad de ser sometido a juicio ante la autoridad de quien no es Juez, entonces se prohíben los tribunales y fueros especiales fuera del aparato judicial, como sucede con el caso del Fiscal en la investigación preliminar; otro de sus aspectos implica el Derecho al Juez natural, que tiene como base al principio de legalidad, referido a que las competencias y funciones de los jueces están necesariamente predeterminados por la Ley.

Por este principio se consagra la exclusividad del Poder Judicial para juzgar, imponer sanciones y condenar a los autores o partícipes de un delito, siendo el único facultado para ello.

Los grandes objetivos que cumple el principio de oportunidad según Maier son la descriminalización de hechos y la eficiencia del sistema penal; sin embargo, respecto al primer punto, es preciso que el legislador sólo considere como delito los actos lesivos a los bienes jurídicos, debiendo realizarse esta tarea antes de determinar a qué conducta le dará la categoría de delito; y no

como sucede con el criterio de oportunidad; puesto que, lo único que se consigue es quebrantar el nexo causal entre delito y pena. Con relación al segundo objetivo del principio de oportunidad, es preciso anotar que sólo por fines utilitarios no podríamos desconocer principios rectores del orden procesal penal con los que se protegen los derechos fundamentales de la persona lo que acarrearía una inseguridad jurídica.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El principio de la presunción de inocencia se encuentra consagrada constitucionalmente en la letra e) del inciso 24 del artículo segundo, lo que prescribe: “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.” Este principio ha sido recogido en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 de la forma siguiente: Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías jurisdiccionales, entonces al requerirle al imputado acepte su *responsabilidad* sin ninguna actividad probatoria y sin la evaluación del Juez se contraviene a este principio.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y DERECHO DE DEFENSA.

El Derecho de Defensa se encuentra regulado constitucionalmente en el inciso 14 del artículo 139° el cual informa que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o de las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con su defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”; este principio también se encuentra comprendido en el artículo IX del Nuevo Código Procesal Penal que señala: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección, o en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad...”

Como lo expresa el maestro Neyra Flores¹⁸⁹ el Derecho de defensa abarca otros derechos que no son más que una derivación de éste, entre ellos está; el derecho a ser informado de los cargo de imputación, el derecho a contar con un abogado defensor, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, el derecho a no ser obligado o inducido a declarar en su contra, y de este modo, cualquier vulneración o violación de estos derechos representa en si una violación del derecho de defensa.

Con la aplicación del principio de oportunidad en las diligencias preliminares se trasgrede el derecho de defensa, pues el Fiscal con sus

¹⁸⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. Cit. p, 195.

argumentos de cargo (como titular de la carga de prueba) que todavía no han sido probados (en el juicio) pretende atribuirle la responsabilidad al imputado, y resulta absurdo que éste se defienda ante argumentos no probados, máxime si la diligencia de principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio se realiza sin la defensa técnica del imputado (en la mayoría de los casos) toda vez que, no se le garantiza a este nivel este tipo de defensa.

El derecho a no ser obligado inducido a declarar en contra de uno es vulnerado por el principio de oportunidad y es que por este principio se obliga al imputado aceptar su responsabilidad, de esta manera el Estado se quita la responsabilidad de probar la culpabilidad del incoado; más aún si la confesión sin el respaldo de otra prueba que es insuficiente como lo refiere el profesor Alonso Salazar *el problema fundamental radica en el hecho de que la confesión misma, o admisión del hecho como el Código la denomina, por sí misma y de manera aislada, no puede ser el elemento que de pie a una sentencia condenatoria, pues se requieren, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, otros elementos probatorios, que unidos a la confesión puedan dar sustento a la condena e incluso, que esos elementos (sin la confesión) constituyan elementos de prueba suficientes. Con ello, no se puede más que admitir, que la confesión está demás y no tiene mayor sentido, yo lo veo como un engaño al imputado, es una confesión a cambio de nada concreto, sino que conserva por ello una mera expectativa de recibir un beneficio pero sin ninguna garantía. Incluso, se le pide que admita el hecho que se le atribuirá,*

*pues es posible solicitar el proceso abreviado sin que medie acusación, es decir, confesar a ciegas.*¹⁹⁰

Agrega que la obligación de declarar contra sí mismo es inconstitucional, *no resulta inconstitucional que el imputado de manera voluntaria lo haga, desde luego eso es una facultad que el imputado puede utilizar si así lo desea. El problema de inconstitucionalidad apuntado se ubica en la exigencia de esa declaración para hacerse acreedor de la aplicación de un proceso abreviado y la eventual reducción de la pena y no en el acto por sí mismo, lo otro sería negarle al imputado la posibilidad de confesar su ilícito y con ello expiar su culpa, lo cual es absolutamente irracional.*¹⁹¹

CONTROL JURISDICCIONAL.

La procedencia del principio de oportunidad requiere la conformidad del órgano jurisdiccional. Como el acuerdo significa la renuncia del "juicio como acto" el Juez deberá controlar que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, el legislador nacional, al regular el instituto del principio de oportunidad, no ha respetado la Norma Fundamental, ya que el principio de oportunidad que se encuentra regulado en el artículo 2º del NCPP, es contrario a los principios y derechos que orientan al sistema procesal penal peruano y a los tratados y pactos internacionales, pues con este principio se ha sustituido la facultad del juez inquisidor que investiga y juzga por el Fiscal quien investiga

¹⁹⁰ SALAZAR, Alonso. "Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado un problema de constitucionalidad" artículo publicado en página web http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_95.pdf fecha de acceso 06/06/2010.

¹⁹¹ *Ibidem.*

y al final resuelve en un caso concreto (teniendo elementos probatorios) y sin las garantías constitucionales y ni siquiera al intervención del Juez.

Al respecto señala el profesor César San Martín Castro *que en el Proyecto Alternativo del Código Procesal Penal, que dio lugar al Código de 1991, se exigía –siguiendo el modelo germano- la intervención y aprobación judicial de la decisión fiscal de abstención por oportunidad; sin embargo, en el Código se eliminó la intervención judicial sobre la base de la independencia del Ministerio Público. Esta posición a nuestro juicio, es totalmente equivocada, por cuanto corresponde al Poder Judicial – por su propia función – determinar si un órgano del Estado actúa reglada, es decir, sometida a pautas legales estrictas, no cabe sostener que el Juez interfiere en la función fiscal, pues de lo que se trata es determinar si el Ministerio Público aplica correctamente las normas autoritativas de la oportunidad, cuyo presupuesto es la existencia de elementos de cargo contra el imputado.*

En efecto, como indica el profesor Neyra Flores que la sociedad en un Estado democrático de derecho le entrega el poder al Estado para que pueda reprimir el delito, pero el estado por cuenta propia no lo puede hacer, por lo que delega esa función en un funcionario especializado en ello, como lo es en nuestro sistema jurídico el Ministerio Público, representado en la persona del Fiscal; agrega además, pero delegar todo este poder a un solo funcionario puede hacer que este cometa abusos, pues no existe nadie que le ponga límites a su actuar, por ello el Estado crea a un segundo funcionario que es el Juez, quien debe de controlar las actuaciones del Fiscal.¹⁹²

¹⁹² NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. Cit. p, 211.

Indica además citando a CASINI que de esta manera existen 2 funcionarios y por tanto cada uno debe de cumplir su rol, pues ¿Qué pasa si el Juez quiere cumplir el rol del Fiscal?, el Estado tendría que crear un tercer funcionario que cumpla el Rol del Juez, así el Juez se convertiría el Fiscal, lo cual haría que el esquema del proceso penal no sea igualitario ni justo, pues la defensa tendría que soportar a dos acusadores estatales.¹⁹³

Entonces, si este modelo procesal penal el Fiscal es quien investiga la comisión de un delito y atribuirle también la función decisoria con la aplicación del principio de oportunidad en la etapa preliminar se está inmiscuyendo en el rol del Juez como tercero imparcial, vulnerando de esta manera la garantía constitucionales que orientan el proceso penal como el juicio previo.

5.4.-DISCUSIÓN EMPÍRICA

Del análisis de los resultados obtenidos en la encuesta aplicada a los fiscales y abogados de la ciudad de Huaraz se advierte que, el 100% de los encuestados manifiestan que conocen la figura jurídica del Principio de Oportunidad regulado en el artículo 2º del NCPP.

Más del 80% de los encuestados opinaron que si se evita un proceso judicial con la aplicación del Principio de Oportunidad, de lo que se concluye que el fin de dicho instituto sería la descarga procesal y la utilidad.

Asimismo, el 70% de los operadores jurídicos afirman que el Fiscal que investigó es quien al final resuelve el caso, absteniéndose de ejercitar la acción

¹⁹³ *Ibidem.*

penal pública; entonces, se infiere que el mismo ente que investiga al final decide la suerte del hecho ilícito cometido, trasgrediendo los principios de jurisdiccionalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa.

Más del 60% de los encuestado indicaron que con la abstención del ejercicio de la acción penal pública se trasgrede el Derecho al Juez Natural; mientras que, el 66% de los interrogados consideran que al incoado se le considera ya responsable del hecho delictivo por ello se le impone a pagar una reparación civil; de lo que se puede desprender que el principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia son transgredidos; máxime si la autoincriminación no constituye prueba suficiente para declarar la culpabilidad de una persona.

VI. CONCLUSIONES

1. El Principio de Oportunidad a nivel preliminar regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004 transgrede los principios constitucionales que inspiran el sistema procesal penal; tales como el principio de jurisdiccionalidad (art. 139°.3 de la Constitución Política); puesto que, en los acuerdos adoptados entre el fiscal y el incoado no hay intervención del órgano judicial para garantizar que no se haya vulnerado las garantías procesales; el principio de presunción de inocencia (art. 2°.24. e' de la Constitución Política); toda vez que, sin ninguna estación probatoria ni resolución firme por la que se considere que el imputado tiene responsabilidad en el hecho delictivo; el derecho de defensa (art. 139°.14 de la Constitución Política); no existe una estación probatoria ni igualdad de armas.
2. El criterio de oportunidad denominada reglada o de excepción pertenece a los sistemas jurídicos de derecho continental europeo como es el caso del Perú; puesto que, su aplicación se encuentra prevista en la legislación penal para determinados delitos; sin embargo, para que no se conculquen los principios que orientan el proceso penal peruano, las decisiones abstención del ejercicio de la acción penal pública realizadas por los representantes del Ministerio Público, debe ser controlados bajo la responsabilidad del órgano jurisdiccional, lo cual no sucede con la aplicación del principio de oportunidad en la investigación preliminar.
3. Principio de oportunidad y el principio de presunción de inocencia: Con lo regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004 se requiere al

imputado acepte “acogerse” a la aplicación de este criterio, sin una actividad probatoria, considerándola ya al imputado *responsable*; y sin la evaluación del Juez; entonces, se contraviene el principio presunción de inocencia.

4. Principio de oportunidad y derecho de defensa; con la aplicación del principio de oportunidad en las diligencias preliminares se trasgrede el derecho de defensa, pues el Fiscal con sus argumentos de cargo (como titular de la carga de prueba) que aún no han sido probados (en el juicio) pretende atribuirle la conminar al imputado a acogerse a este criterio; resultado absurdo que éste se defienda ante argumentos no probados, máxime si la diligencia de principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio se realiza sin la defensa técnica del imputado (en la mayoría de los casos) toda vez que, no se le garantiza a este nivel este tipo de defensa, conculcándose también el derecho al Juez Natural.
5. Control jurisdiccional; la procedencia del principio de oportunidad requiere la conformidad del órgano jurisdiccional. Como el acuerdo significa la renuncia del "juicio como acto" el Juez deberá controlar que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona.
6. La aplicación del principio de oportunidad en la región. Analizado la doctrina y legislación extranjera en cuanto a la aplicación de criterios de oportunidad se concluye que, el denominado principio de oportunidad en la investigación preliminar, devendría en casi una realidad exclusiva en nuestro país; puesto que, en el Código Procesal Penal Modelo de Iberoamérica y en casi todos los demás países, en los que se recoge éstos

criterios, se reconoce como requisito irrenunciable el control judicial de las causas.

7. Del análisis de los resultados obtenidos en la encuesta aplicada a los fiscales y abogados de la ciudad de Huaraz se obtuvo que los operadores jurídicos consideran que con la aplicación del Principio de Oportunidad se evita un proceso penal y que la razón de su aplicación sería la descarga procesal y la utilidad. No existiendo control judicial.

VII. RECOMENDACIONES

7.1.- Al existir evidente incompatibilidad entre lo regulado en el artículo 2° del Código Procesal Penal de 2004 (respecto a la aplicación del principio de oportunidad a nivel de la investigación preliminar) debe derogarse el primero por supremacía de la Norma Constitucional.

7.2.- En nuestra legislación procesal penal vigente existe criterios de oportunidad que no transgreden los derechos y garantías procesales como la Terminación Anticipada; entonces, debe adoptarse también este instituto para los casos de los delitos denominados de bagatela.

7.3. Para aplicar criterios del criterio de oportunidad debe requerirse la concurrencia de tres voluntades: la del imputado, quien lo solicita; la del representante del Ministerio Público, quien consiente, y, la del Juzgador quien determina y controla la procedencia de la oportunidad, como se regula en la terminación anticipada.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2001). *“Los fines del Derecho Penal liberalismo y comunitarismo en justificación de la pena”*. Primera Edición. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.
2. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (2007). *“Justicia Penal, Derechos y Garantías”*. Primera Edición. Editorial PALESTRA EDITORES S.A.C. Lima.
3. ÁNGULO ARANA, Pedro Miguel. (2004). *“El Principio de Oportunidad en el Perú”*. Primera Edición. Editorial PALESTRA EDITORES S.A.C. Lima.
4. ASECIO MELLADO, José. M. (2008). *“Derecho Procesal Penal”*. Editorial TIRANT LO BLANCH, Valencia.
5. AVILA, K. (2007). *“Aproximación al Estudio de la Pena desde una Perspectiva Crítica”*. Universidad de Zulia. Instituto de Criminología. Vol. 5 N° 1. Maracaibo-Venezuela.
6. BADENI, Gregorio. (2006). *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Tomo II, segunda edición. Editorial FEDYE fondo editorial de derecho y economía. Buenos Aires.
7. BACIGALUPO, Enrique. (1999). *“Principios constitucionales de derecho penal”*. Editorial. HAMMURABI S.R.L. Buenos Aires.
8. BACIGALUPO, Enrique. (1996). *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*. Tomo III. Themis. Bogotá.
9. BECCARIA, Cesare. (1980). *“De los delitos y de las penas”*. Primera Edición. Ediciones española Aguilar S.A. Madrid.

10. BARDALES RÍOS, Artemio. (2003). *“El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano”*. Primera Edición. Ediciones Jurídicas. Lima.
11. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. (2011). *“Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano”*. Primera Edición. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima.
12. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. (2010). *“Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”*. Segunda edición. Palestra editores S.A.C. Lima.
13. CABANELLAS, Guillermo (2008). *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”* Tomo V. Editorial Heliasta S.R.L. 29 Edición. Buenos Aires.
14. CAFFERATA NORES, José I. Ponencia *“Ley del Congreso Nacional que establezca las exigencias constitucionales mínimas para los procesos penales en el territorio de la República”*. En sitio web <http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/ponenciasyrelatos/PROCESA LPENAL-LEY-PONENCIAGRAL-JOSECAFERATTANORES.pdf>
15. CANALES CAMA, Carolina. (2010). *“Los Derechos Fundamentales”*. Primera Edición. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima.
16. CARNELUTTI, Francesco. *“Cuestiones Sobre el Proceso Penal.”* Traducido por SENTIS MELENDO, Santiago. (2005). *“Serie Clásicos del Derecho Procesal Penal”*. Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria S.A. México.

17. CASTILLO DAVILA, Melquiades. (2009). *“Derechos humanos, filosofía de los derechos humanos”*. Primera Edición. Editora FECAT E.I.R.L. Lima.
18. CORNEJO VALDIVIA, Oscar. *“El Principio de Oportunidad en la Legalidad del Proceso Penal”*. Artículo publicado en página web: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_Chile.pdf.
19. CUSTODIO RAMIREZ, Carlos Antonio. *“Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional consagrados en la Constitución Política del Perú”* Artículo Publicado en página web <http://img28.xooimage.com/files/4/d/3/principios-y-dere...del-per--108a369.pdf>. Visitado el 11 de noviembre de 2010.
20. DOMÍNGUEZ BILBAO, Roberto y otro. *“Introducción a la Teoría del conflicto en las Organizaciones”*. Artículo publicado en página web: <http://www.fcjs.urjc.es/departamentos/areas/profesores/descarga/rqrnuuvvz/introducci%C3%B3n%20a%20la%20teor%C3%ADa%20del%20conflicto.pdf>
21. EGACAL. *“Derecho Procesal Penal”*. En sitio web: <http://egacal.educativa.com/upload/CNMProPenal.pdf>.
22. ESCOBAR FORNOS, Iván. (1998). *“Manual de derecho constitucional”*. Segunda edición. Editorial HISPAMER. Managua, Nicaragua.
23. ESTAVILLO CASTRO, Fernando. *“Medios Alternativos de Solución de Conflictos”*. Artículo publicado en página web. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr25.pdf>

24. ESQUIVEL GRANADOS, José. (2007). *“Cómo elaborar el proyecto de tesis”*. Primera Edición. Editorial Impresores E.I.R.L. Lima.
25. ESER, Albin. (1998). *“Temas de Derecho Penal y Procesal Penal”*. Editorial IDEMSA. Lima.
26. FÉLIX TASAYCO, Gilberto (2009). *“El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal”*. Artículo publicado en página web <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2009/12/el-principio-de-oportunidad-en-el-nuevo.html>
27. FERRAJOLI, Luigi. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Simancas Ediciones S.A. Editorial Trotta S.A. Madrid.
28. FERRAJOLI, Luigi. (1995). *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.”* Editorial Trotta S.A. Madrid.
29. GARCÍA AMADO, Juan y otro. (2006). *“Estudios de la filosofía del Derecho Penal”*. Primera Edición. Ediciones Cordillera S.A.C.. Bogotá.
30. GARCÍA DEL RÍO, Flavio. (2000). *“El Principio de Oportunidad”*. Primera Edición. Ediciones Legales. Lima.
31. GARCÍA PELAYO, Manuel. (1980). *“Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”*. Editorial Alianza. Madrid.
32. GARCÍA TOMA, Víctor. (2010). *“Teoría del Estado y Derecho Constitucional”*. Tercera Edición. Editorial ANDRUS S.R.L. Limal.
33. GONZALES ALVARES, Daniel (2010). “La conciliación penal en Iberoamérica (la justicia penal consensual). Artículo publico en página web <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/cafferal11.htm>.

34. GOLDSCHMIDT, Werner. *“La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso (la parcialidad y la parcialidad)”*. Revista publicada en la página web:
http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf
35. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (1995). *“El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos”*. Primera edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México DF.
36. GUTIERRES, Walter. (2008). *“La Constitución Comentada”*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima.
37. GUASTINI, Ricardo. (2001). *“Estudios de Teoría Constitucional”*. Primera edición. Editorial Distribuidores Fontamara S.A. México D.F.
38. HAKANSSON NIETO, Carlos y otros. (2008). *“La Constitución comentada”*. Tomo II. Primera Edición. Editora Gaceta Jurídica. Lima.
39. HAYEK, F.A. (1991). *“Los fundamentos de la Libertad”*. Ed. Unión. Madrid.
40. HENAO HIDRÓN, Javier. (2003). *“Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales”*. Editorial TEMIS S.A. Bogotá.
41. HASSEMER, Winfried. (1984). *“Fundamentos de Derecho Penal”*. trad. De Francisco Muñoz Conde, y Luiss Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona.

42. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2001) *“Manual de consulta rápida del proceso civil”*. Primera edición. Editorial GACETA JURÍDICA S.A. Lima.
43. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. (2007) *“Justicia penal, derechos y garantías”*. Primera edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá.
44. JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel. (2006). *“El Derecho Penal ante Las Sociedades Modernas-Dos Estudios de Dogmática Penal y Política Criminal”*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima.
45. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. (2000). *“Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano”*. Primer Edición. Editora ENMARCE E.I.R.L. Lima.
46. MONICA. (2007). *“Derecho Procesal Penal Cordoba.”* Artículo publicado en la página web: http://www.alipso.com/monografias2/derecho_procesal_penal_/index.ph p.
47. LANDA ARROYO, César. (2010). *“Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. PALESTRA EDITORES S.A.C. Lima.
48. LANDA ARROYO, César. (2006). *“Constitución y fuentes del derecho”*. PALESTRA EDITORES S.A.C. Lima.
49. LARA SAÉNZ, Leoncio. (1991). *“Procesos de Investigación Jurídica”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

50. LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. (2000). *“El Procedimiento conciliatorio. Un enfoque teórico normativo.”* Editorial Gaceta Jurídica editores.
51. LEVENE (h.) Ricardo. (1993). *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Tomo I. segunda Edición. Ediciones DE PALMA. Buenos Aires.
52. MAIER, Julio B.J. (1989) *“Derecho Procesal Penal Argentino”*, Tomo I. Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires.
53. MELGAREJO BARRETO, Pepe. (2006). *“El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal”*. Primera Edición. Editorial Jurista Editores. Lima.
54. MIR PUIG, Santiago. (1982). *“Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”*. Casa Editorial S.A. Barcelona.
55. MONTERO AROCA, Juan. (2008) *“Proceso Penal y Libertad ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal”*. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona.
56. MONTOYA VIVANCO, Yván y otros. (2008). *“La Constitución Comentada.”* Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima.
57. NEYRA FLORES, José Antonio. (2010) *“Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral”*. Editorial Moreno S.A. Lima.
58. PABLOS DE MOLINA, Antonio García. (2009). *“Derecho Penal Parte General Fundamentos”*. Primera edición. Editorial Jurista Editores E.I.R.L.

59. PALACIOS DEXTRE, Darío y otro. (2010) “El principio de oportunidad en el proceso penal peruano”. Segunda edición. Editorial GRIJLEY. Lima.
60. PERDONO TORRES, Jorge Fernando. (2005). “*Los Principios de Legalidad y Oportunidad fundamentos Constitucionales y Teóricos – Penales, y su reglamento en el Derecho Procesal Penal Colombiano*”. Primera Edición. Editorial UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Perú.
61. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. (2009). “Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal”. Primera edición. Editorial Moreno S.A. Lima.
62. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. (1991). “*Derecho constitucional latinoamericano*”. Primera edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México DF.
63. RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2007). “*Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*”. Cuarta Edición. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima.
64. ROBLES TREJO, Luis y otros. (2012). “*Fundamentos de la Investigación Científica y Jurídica*”. Editorial FFECAAT E.I.R.L. Lima.
65. REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2009). “*La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal*”. Primera Edición. Editorial JURISTA EDITORES. Lima.

66. RIVERA ORÉ, Jesús Antonio y otros. (2009). *“El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo código proceso penal”*. Primera Edición. Editorial ARA EDITORES E.I.R.L. Lima.
67. ROSAS YATACO, Jorge. (2009). *“Derecho Procesal Penal con aplicación al nuevo proceso penal”*. Primera Edición. Editorial JURISTA EDITORES. Lima.
68. RUBIO CORREA, Marcial. (2007). *“El sistema jurídico. Introducción al Derecho”*. Novena edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
69. SALAZAR, Alonso. “Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado un problema de constitucionalidad” artículo publicado en página web
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_95.pdf.
70. SANCHEZ BRINGAS, Enrique. (2003). *“Derecho constitucional”*. Octava edición. Editorial PORRUA. México DF.
71. SANCHEZ VELARDE, Pablo. (2009). *“El nuevo proceso penal”*. Primera Edición. Editorial Moreno S.A. Lima.
72. SAN MARTÍN CASTRO, César. (2012). *“Estudios de derechos procesal penal”*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima.
73. SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). *“Derecho Procesal Penal”*. Volumen I. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima.
74. RAMIREZ ERAZO, Ramón. (2010). *“Proyecto de investigación. Como se hace una tesis”*. Fondo Editorial AMADP. Lima.

75. TIEDEMANN, Klaus. (2003). *“Constitución y Derecho Penal”*. Palestra Editores. Lima.
76. VADO GRAJALES, Luis Octavio. *“Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”*. Artículo publicado en página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>
77. VELÁSQUEZ, Fernando. (2004). *“Manual de Derecho Penal”*. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá. Colombia.
78. VERAPINTO MÁRQUEZ, Otto Santiago. (2010). *“La negociación penal”*. Editorial Librería Studio Distribuidora S.R.L. Huacho.
79. VILLA STEIN, Javier. (2010). *“Compendio de legislación penal y procesal penal”*. Primera edición. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima.
80. YACOBUCCI, Guillermo J. (1999). *“El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal”*. Editorial ABACO. Buenos Aires.
81. WOLTER, Jürgen y otro. (2004). *“El sistema integral del derecho penal”*. Editora Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A. Barcelona.
82. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *“El procedimiento abreviado”*. Artículo publicado en sitio web [http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUmero7\(4aepoca\)/03JorgezavalaSP.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUmero7(4aepoca)/03JorgezavalaSP.pdf).
83. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2006). *“El Enemigo en el Derecho Penal”*. Editorial Dykinson S.L. Madrid.

84. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>.
85. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>
86. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>
87. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09727-2005-HC.html>
88. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02725-2008-HC.html>
89. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06648-2006-HC.html>
90. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01425-2008-HC.html>
91. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>
92. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01937-2006-HC.html>
93. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.html>
94. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01600-2004-AA.html>

ANEXO



**ESCUELA DE POSTGRADO-MAESTRIA EN DERECHO EN MENCIÓN CIENCIAS PENALES
ENCUESTA DIRIGIDA A FISCALES Y ABOGADOS LITIGANTES DE LA CIUDAD DE HUARAZ SOBRE EL TEMA “EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”**

Objetivo: La presente encuesta tiene por finalidad conocer la perspectiva de los operadores jurídicos referente al Principio de Oportunidad regulado en el art. 2° del NCPP.

Indicaciones: Marque con un aspa (X) la respuesta que crea correcta.

1. ¿Tiene conocimiento acerca de la institución del “Principio de Oportunidad” regulado en el art. 2° del NCPP?
 - a) Si.
 - b) No.
2. ¿Con la aplicación del principio de Oportunidad (en los casos determinados por la Ley) se evita un proceso judicial?
 - a) Si.
 - b) No
 - c) Otra respuesta.
3. ¿Cree Ud., que en los delitos de bagatela y mínima relevancia jurídica el Fiscal que investiga es quien al final resuelve el caso (absteniéndose de ejercitar la acción penal)?
 - a) Si.
 - b) No.
 - c) Otra respuesta.....
4. ¿Si su respuesta anterior fue negativa pase a la siguiente interrogante, si fue afirmativa cree Ud., que con tal disposición se trasgrede el Derecho al Juez Natural, quien resuelve las causas?
 - a) Si.
 - b) No.
 - c) ¿Por qué?.....
5. ¿Cree Ud., que con la aplicación del Principio de Oportunidad en un caso determinado (donde existe elementos de juicio reveladores de la comisión de un delito y su vinculación con el imputado), ya se considera al incoado *responsable* del hecho delictivo por que se impone pagar una reparación civil?
 - a) Si.

- b) No.
 - c) Otra respuesta.....
6. ¿Cree ud., que si al imputado se le considera *responsable* y por ende se le impone el pago de la reparación civil por la aplicación del Principio de Oportunidad en la investigación preliminar, se trasgrede entonces el principio de presunción de inocencia?
- a) Si.
 - b) No.
 - c) ¿Por qué?.....
7. La aplicación del Principio de Oportunidad y el posterior acuerdo reparatorio en la investigación preliminar, se realiza siempre con la presencia del abogado del incoado?
- a) Siempre.
 - b) Nunca.
 - c) A veces.
8. En la aplicación del Principio de Oportunidad y en el posterior acuerdo reparatorio, ¿el Estado garantiza la defensa técnica del imputado con un abogado de oficio?
- a) Si.
 - b) No
 - c) Otra respuesta.....
9. En el Sistema procesal penal garantista el fiscal es quien investiga y el juez es quien decide en un determinado caso. ¿Cree ud., que debería corresponder al órgano jurisdiccional aprobar el acuerdo arribado en despacho fiscal, para verificar que no se ha vulnerado las garantías constitucionales de las partes en la aplicación del principio de oportunidad?
- a) Si.
 - b) No.
 - c) ¿Por qué?.....
10. Ud., tiene conocimiento que en los países de la región y en el Código Penal Modelo de Iberoamérica, los criterios de oportunidad en el proceso penal son aprobados por el Juez?
- a) Si.
 - b) No.
 - c) Otra respuesta.....

Gracias por su colaboración