



UAP

**UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN Y
POSTGRADO**

CICLO DE GRADUACIÓN EN DOCTORADO

TESIS

**"EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA INVESTIGACIÓN
PRELIMINAR Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE LESIONES
CULPOSAS"**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO

AUTOR: Maestro LIZ PATRICIA BENAVIDES VARGAS

LIMA - PERÚ

2009

DEDICATORIA.

A mis padres, Rafael y Emma:

Por haberme inculcado que en el
sendero de la vida los logros se
obtienen a base de esfuerzo
y dedicación

Liz Patricia.

:

AGRADECIMIENTO.

Al Ministerio Público:

Por ser la fuente de mis experiencias
y reflexiones, cuyo fruto se encuentra
plasmado en el presente trabajo de
investigación

RECONOCIMIENTO.

Al Vicerrectorado de Investigación y Postgrado de la Universidad Alas Peruanas:

Porque a través de sus Programas Académicos, fomenta a la comunidad estudiantil la realización de sus Proyectos; demostrando que con un trabajo organizado y serio se puede lograr los objetivos trazados.

\

RESUMEN

El mantenimiento de la dialéctica poder-derecho se constituye en el presupuesto necesario para la pervivencia del Estado de derecho. Es deber de quienes aspiran a conocer los escarpados caminos de la dogmática jurídica, aguzar los sentidos para determinar toda eventual o real infracción al equilibrio que garantiza la legitimidad y las garantías individuales.

El desconocimiento de las transformaciones de la teoría jurídica con el advenimiento del Estado social de derecho, que tiene por principal paradigma normativo los principios, ha generado una errada aplicación de los mismos que se traduce, paradójicamente, en la infracción del derecho en nombre del mismo derecho.

Uno de esos eventos se encuentra en el denominado principio de oportunidad que da facultad al ente instructor para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, atribuciones que, a la luz de la principialística, es posible determinar que se fundamentan más en terrenos de la filosofía política que en una filosofía y dogmática jurídicas.

Esto exige que el principio de oportunidad sea considerado no como una facultad legal sino como una potestad de modulación de la acción punitiva para cuya aplicación se debe recurrir a la ponderación con los derechos fundamentales a la justicia, a la verdad y a la reparación de la (s) víctima (s).

La representación moral o axiológica se puede justificar en el interés por lograr un derecho que aproxime la teoría con la práctica y que alcance mayores niveles de efectividad del sistema jurídico penal. No se trata de apuntalar la actividad del Estado hacia la justicia representada en la aplicación de la norma jurídica sino hacia la promoción de otro valor de igual importancia: la efectividad y descongestión del sistema jurisdiccional.

Palabras Clave: Principio de Oportunidad, modulación punitiva, reparación.

SUMMARY

The maintenance of the dialectic power-right it is constituted by the budget required for the survival of state of law. It is the duty of those who seek to know the steep paths of the dogmatic juridical, sharpen the senses to determine any eventual or real infringement to balance that guarantees the legitimacy and the individual guarantees

The ignorance and the transformations of the juridical theory with the advent of the social state of law, which is main paradigm policy, the principles have generated a wrong application of the same that translates to in the infringement of the right in the name of the same right.

One of these events is found in the principle of opportunity that give power to the entity instructor to suspend, interrupt or renounce the exercise of criminal action, attributions that to the light to the first notions, it is possible to determine which are based more or land of the philosophy policy that in a philosophy dogmatic. juridical.

This requires that the principle of opportunity is considered not as a legal authority but as a power of modulation of the action punitive for whose application should be resorted to the weighting with the fundamental rights of justice, to the truth and to the repair of the victim.

The moral representation can be justified in the interest in achieving a right that approximates the theory with practice and to reach higher levels of effectiveness of criminal, legal system. It is not to shore up the activity of the state toward justice represented in the implementation of juridical norm. but toward the promotion of another value of equal importance : The effectiveness and decongestion of the judicial system

Keyword Principle of opportunity, punitive modulation, repair

RESUMO

A conservação da dialética poder-direito é constituída no pressuposto necessário para a sobrevivência do Estado de direito. É uma obrigação para quem deseja conhecer os escarpados caminhos da dogmática jurídica, agucará os sentidos para determinar toda eventual ou real infracção ao equilíbrio que garante a legitimidade e as garantias individuais.

O desconhecimento das transformações da teoria jurídica com o advento do Estado social de direito, que tem como principal paradigma normativo os princípios, tem gerado a equivocada aplicação dessas normativas que é traduzida, paradoxalmente, como a infracção do direito em nome do próprio direito.

Dissos eventos, um é encontrado no denominado princípio de oportunidade que permite ao organismo instrutor o direito de suspender, interromper ou renunciar ao exercício da acção penal, atribuições que, a luz da principialística, é possível determinar que é mais fundamentado no âmbito da filosofia política que numa filosofia e dogmática jurídicas.

Isto exige que o princípio de oportunidade seja considerado não como uma faculdade legal senão como uma potestade da modulação da acção punitiva para cuja aplicação deverá se recorrer ao ponderação com os direitos fundamentais à justiça, verdade e a reparação da(s) vítima(s).

A representação moral ou axiológica pode se justificar no interesse por lograr um direito que aproxime a teoria com a prática e que consiga maiores níveis de efectividade no sistema jurídico penal. Isto não é para escorar a actividade do Estado em direcção à justiça representada na aplicação da norma jurídica senão para a promoção de um outro valor da mesma importância: a efectividade e o descongestionamento do sistema jurisdiccional.

Palavras-chave: Princípio de oportunidade, modulação punitiva, reparação.

SAMMANFATTNING

ÍNDICE

	Páginas
Dedicatoria	2
Agradecimiento	3
Reconocimiento	4
Resumen	5
Introducción	12
 Capítulo I: El Problema	15
1 Descripción del problema	15
1.1. Descripción de la Realidad Problemática	15
1.2. Antecedentes	16
1.3. Definición del problema	17
1.3.1. Problema principal	17
1.3.2. Problemas secundarios	18
1.4. Importancia y justificación de la investigación	18
1.4.1. Importancia	18
1.4.2. Justificación	19
1.5. Alcances y limitaciones	19
1.5.1. Alcances	19
1.5.2. Limitaciones	19
2 Objetivos	19
2.1. Objetivo general	19
2.2. Objetivos específicos	20
3 Marco conceptual	20
3.1. Acción penal	20
3.2. Acuerdos reparatorios	20
3.3. Facultad de no iniciar investigación	21
3.4. Principio de oportunidad	21
3.5. Denuncia fiscal	21
3.6. Salidas alternativas	21
4 Formulación de hipótesis y variables	21
4.1. Hipótesis General (H1)	21
4.2. Hipótesis Derivada (H2)	21
4.3. Variables e Indicadores	22
 Capítulo II Fundamentos Teóricos de la Investigación	24
1. Bases teóricas	24
1.1 Generalidades	24

1.2.	Sistema de oportunidad libre	28
1.3.	Sistema de oportunidad reglado	29
1.4.	La dirección de la investigación preliminar	29
1.5.	La investigación preliminar	31
2.	El Ministerio Público	32
2.1.	Antecedentes históricos.....	33
2.2.	Evolución del Ministerio Público en el Perú	37
2.3.	Atribuciones del Ministerio Público	42
2.4.	Objetivos	44
Capítulo III: Análisis jurídico de los delitos culposos		45
1.	Delitos culposos.....	45
1.1.	Sistemas causales	45
1.2.	Sistema Finalista	46
1.3.	Teoría social de la acción.....	46
1.4.	Sistema funcionalista.....	46
2.	Técnica legislativa	46
3.	Tipo de lo injusto	49
3 1.	Individualización de la conducta prohibida	49
3 2.	Infracción al deber de cuidado.....	50
3 3.	Resultado típico	56
3.4.	Imputación objetiva	57
4	Tipo imperfectamente realizado	60
5	Ampliaciones del tipo: participación	61
6.	Antijuridicidad	62
6.1.	Legítima defensa	62
6 2	Estado de necesidad	63
6.3.	Consentimiento	63
7.	Estructuras típicas compuestas.....	64
7.1.	El llamado delito preterintencional	64
7.2.	Delitos cualificados por el resultado	65
CAPÍTULO IV: Bases Doctrinarias		67
1.	Proceso	67
1.1	La función del proceso.....	69
1.2.E	El proceso penal.....	71
1.3.	El Proceso Penal en la Historia	73
2	Principios fundamentales del derecho penal contemporáneo	75
2.1	Los principios operacionales del Derecho Penal	76
2.2	Principio de Humanidad.....	76
2.3.	Función del derecho penal democrático.....	77
2.4.	Principio de control social de la pena necesaria.....	77
2 5.	Principio garantista.....	77
2.6.	Principio de mínima intervención del Estado.....	77
2.7.	Principio del derecho penal como ultima ratio legis"	79
2.8.	Minimización de la violencia estatal.....	79
2.9.	Principio de maximización de la libertad ciudadana	80
2.10.	Principio de la co-culpabilidad	81
2.11.	Principio de mínima culpabilidad del autor	81

2.12	Principio del derecho a ser informado de la incriminación	82
CAPITULO V: Derecho Comparado		
1	Nuevo Código Procesal Penal peruano	83
11	El Sistema procesal penal propuesto en el Nuevo Código	85
1.1.1.	El Sistema Inquisitivo	85
1.1.2.	El Sistema Acusatorio	86
1.1.3.	El Sistema Mixto	88
1.1.4.	Modelo propuesto en el Nuevo Código Procesal Penal	89
1.2.	El Principio de Oportunidad y la terminación anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal	91
1.2.1.	Definición del Principio de Oportunidad	91
1.2.2.	Principio de oportunidad y efectos en el Nuevo Código Procesal Penal	93
1.2.3.	La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal	96
1.2.4.	Terminación Anticipada versus Conclusión Anticipada	97
13	La Detención Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal	99
1.3.1.	Plazo razonable en la detención	99
1.3.2.	La Acumulación de procesos como criterio de celeridad	103
1.3.3.	Algunos alcances sobre Detención Preventiva	105
2	Derecho internacional	112
2.1	Argentina	112
2.1.1.	Principio de Oportunidad	114
2.2.	Colombia	116
2.2.1.	El principio dispositivo y la autocomposición	116
2.2.2.	La discrecionalidad en la actividad de la Fiscalía	118
2.2.3.	Aplicación del principio de oportunidad a los "milicianos rasos" desmovilizados	121
2.2.4.	Momento procesal de la aplicación del principio de Oportunidad	126
2.3.	Alemania	128
2.4.	Sistema procesal norteamericano	129
2.5.	Legislación italiana	132
CAPÍTULO VI: Base Filosófica		
1.	Filosofía del derecho a partir de la razón	134
2.	Eutanasia de la filosofía del derecho	135
3.	El concepto de filosofía del derecho	136
4.	Caracteres del análisis filosófico	137
5.	Justificación de la filosofía del derecho	138
6.	Objeto y temáticas de la filosofía del derecho	139
7.	La necesidad de una filosofía del derecho procesal	140
8.	Naturaleza de la norma procesal	140
8.1.	Según Kelsen	140
8.2.	Según Alf Ross	141
8.3.	Joseph Raz	141
8.4.	Propuesta de Herbert Hart	142
8.5.	Piero Calamandrei	143

8 6	Francesco Carnelutti	143
9	Hermenéutica y derecho procesal	144
10.	Ordenamiento jurídico procesal	146
11	.Principalística procesal	147
12	La verdad procesal	148
12.1.	Aletheia, veritas	149
12 2.	Poder, derecho y verdad desde la visión de Michel Foucault	149
13.	La pena y el control social	151
13.1.	Legitimidad del derecho penal y de la pena	151
14.	Límites del derecho penal	155
15.	Función de la pena y modelo de estado	158
15 1	Estado Absolutista (Siglos XVI a XVIII)	158
15.2	Estado de la Burguesía (Siglos XVII y XVIII)	160
15.3.	Estado Intervencionista	162
15.4.	El Estado Social de Derecho	163
Capítulo VII: Metodología		165
1.	Descripción del tipo de investigación	165
2.	Descripción del método de investigación	165
3.	Descripción de las técnicas de investigación	165
3 1	Técnica de recolección de datos	165
3.2	Técnica de Procesamiento y Análisis de Datos	166
Capítulo VIII: Análisis interpretación y evaluación de resultados		167
1.	Descripción del proceso de contrastación de hipótesis	167
19 1.1.	Matriz de consistencia	167
2	Análisis y comentarios	167-178
CONCLUSIONES		179
RECOMENDACIONES		181
APORTE DEL AUTOR		182
BIBLIOGRAFÍA		183
ANEXOS		189-192

INTRODUCCIÓN

²³ El Principio de Oportunidad encuentra su justificación en la crisis del sistema judicial, y en la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, en efecto, se justifica la aparición del Principio de Oportunidad en nuestro ordenamiento procesal en razón que existe la necesidad de solucionar problemas concretos de Crisis del Sistema Judicial, crisis que se manifiesta, con el hecho que el modelo procesal vigente está caduco y entorpece la justicia para la víctima.

A ello hay que añadir la existencia de una saturación procesal que inunda el sistema y lo hace no sólo inoperativo, sino, deficiente; provocando ello, a su vez, una congestión penitenciaria, dado que, hasta hace poco tiempo, la mayoría de procesos con reos en cárcel se encontraban por delitos de mínimo impacto social y que incluso en altos porcentajes no habían sido sentenciados, se tenía entonces la necesidad de dar dispositivos que contribuyen a solucionar estos álgidos problemas

²⁴ El principio de oportunidad constituye el inicio de un verdadero proceso de reforma de la administración de justicia. Su aplicación no sólo permitirá llegar sin proceso a los destinatarios del derecho penal, sino evitar y erradicar la saturada carga procesal y penitenciaria, posibilitando con ello una mejor calidad de justicia para todos, especialmente para la víctima.

²⁴ Así pues, el objeto del principio de oportunidad consiste en corregir la disfuncionalidad del principio de legalidad procesal, postulando una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente

de estar ante un hecho delictuoso con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma

Es necesario dar una mayor difusión de la figura legal del principio de oportunidad, como el mecanismo idóneo de simplificación procesal. Esto es, que se realicen campañas para publicitar y dar a conocer el contenido, los alcances y beneficios del principio de oportunidad, hacia el público en general, abogados, servidores y funcionarios públicos. Esto implica también, parte de un cambio cultural, dejar de lado la cultura del litigio para dar paso a una cultura de paz, lo que se viene logrando gracias a la institución de la conciliación extrajudicial

El trabajo titulado "El principio de oportunidad en la investigación preliminar y su aplicación en los delitos de lesiones culposas", está estructurado en ocho capítulos:

En el capítulo I: El problema, nos permite efectuar una descripción de la realidad problemática, sus antecedentes, descripción, importancias, alcances, limitaciones, así como los objetivos, hipótesis que se plantea para su explicación y probable solución.

El Capítulo II: Fundamentos teóricos de la investigación, nos hace un recorrido por el Marco teórico, los conceptos generales del proceso, la investigación preliminar y el rol del Ministerio Público,

1

El capítulo III: Análisis jurídico de los delitos culposos, nos permite delimitar el bien jurídico protegido, definir los tipos, antijuricidad. y las estructuras que tiene este tipo de delito,

El Capítulo IV: Bases doctrinarias, nos permite conocer el proceso penal, sus estructura y desarrollo evolutivo, los principios que lo sustentan,

El Capítulo V: Derecho Comparado, nos muestra la normatividad nacional y sus similares del extranjero, contrastándose con normas de otros países y sus formas de aplicar el mismo principio.

El Capítulo VI: Bases Filosófica, nos permite conocer la filosofía del Derecho y sus implicancias con la pena y el proceso penal en la opinión de reconocidos ius filósofos.

El capítulo VI: Metodología, nos deja definir el método, el tipo de investigación, las técnicas de recolección y procesamiento de datos.

Finalmente el capítulo VII: Análisis, interpretación y evaluación de resultados, permitirá definir el proceso de contrastación de hipótesis, y los respectivos cuadros y gráficos, sistematizando la información recolectada, para efectuar un análisis y comentario final.

LA AUTORA

CAPITULO I EL PROBLEMA

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

El surgimiento de la institución procesal denominada "Principio de oportunidad" obedece en razón a la imposibilidad, por parte del Estado, de perseguir todos los hechos punibles. Así pues, ésta imposibilidad - propia de un ordenamiento procesal que se cimienta en el "Principio de legalidad" - incide no sólo en la sobre carga procesal como problema principal de la administración de justicia, sino también en otros aspectos igual de confusos y controvertidos como son; el incremento de costos procesales y la dilación innecesaria de causas penales en las que el Estado no evidencia interés en su persecución; las insignificantes cuantías de reparación civil que los perjudicados obtienen al final de un proceso penal; así como el sentimiento de impunidad que se genera por su prescripción, y, además, por las limitaciones de operatividad que se manifiesta en la investigación de delitos graves y de la criminalidad organizada.

Ahora bien, estos problemas, que en más de un lugar provocarían el colapso de la administración de justicia penal, tienen como causa el desconocimiento de medidas alternativas de solución de conflictos - igualmente eficaces para el cumplimiento de los fines de la pena -. Asimismo, aún en las legislaciones en que se acoge la aplicación del "Principio de oportunidad", esta problemática se atribuye a la falta de cumplimiento de sus objetivos debido; primero, al desconocimiento de lo que se entiende por juicio mínimo de presunta responsabilidad que se

requiere para su aplicación (Cantidad o calidad de elementos de juicio, por ejemplo, en delito de Lesiones culposas por conducción temeraria, la obtención del Certificado médico legal o del Certificado de dosaje etílico); y, segundo, por la falta de unidad de criterios para distinguir en que casos es aplicable, tanto en sede preliminar - fase pre-procesal (por parte del Fiscal) - como en sede judicial (por parte del operador judicial - Juzgador)

Son, pues, los problemas esgrimidos precedentemente y sus causas, lo que permite afirmar un pronóstico adverso en la aplicación de la justicia penal en el país, ya que con los lineamientos actuales, y su poco celo técnico, se fomenta una disminución, poco significativa, de la carga procesal; conllevando, asimismo, a la conclusión de procesos penales en sede judicial y a una investigación judicial rutinaria e innecesaria en el cual sólo se repite lo actuado en sede Fiscal, como por ejemplo, en el caso específico de delitos de Lesiones culposas ello aunado a la dilación de causas penales por exceso de vencimiento de los plazos legales - lo que trae consigo la impunidad por prescripción.

Por ello, a fin de establecer un control efectivo y revertir las situaciones tratadas en estas líneas, resulta pertinente configurar ciertas pautas tendientes a solucionarlas, tales como, a consideración propia; Proponer un acuerdo reparatorio a nivel preliminar en base a la aceptación de responsabilidad, en el caso de delitos de Lesiones culposas, cuando obra prueba objetiva; Certificado médico legal y de dosaje etílico Asimismo, proponer una mayor difusión de los beneficios y alcances de la aplicación del Principio de Oportunidad", con el afán de archivar definitivamente las investigaciones preliminares por delitos de Lesiones culposas

1.2. Antecedentes

El "Principio de oportunidad" en el ordenamiento procesal penal, se configura como una institución selectiva de causas penales que carecen de significación social o que evidencian poco interés social en su represión, el cual ha sido introducido en la legislación peruana con la entrada en vigencia del artículo 2° del Código Procesal Penal de 1991, conforme al

Decreto Legislativo número 638, que puso en vigencia, parcialmente, el aludido cuerpo de leyes. No obstante ello, desde la promulgación y vigencia de la referida norma, la aplicación del "Principio de oportunidad" se constituyó en un instrumento poco usado por el operador jurídico, y mucho menos por el Titular de la acción penal; tan es así que en el año 2001, a fin de hacer efectivo la aplicación del principio de oportunidad, se crearon las denominadas Fiscalías Pilotos en Aplicación del Principio de Oportunidad, además de la dación de los Circulares Nro. 006-95-MP-FN, aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación Nro 1072-95-MP-FN, del 15 de noviembre de 1995, y Resolución de Consejo Transitorio del Ministerio Público Nro. 200-2001-CT-FN., del 20 de abril de 2001; las mismas que pese a su carácter especializado, no lograron colmar los fines de una institución procesal que en otras latitudes evidencia una eficacia significativa a través de la investigación del Ministerio Público.

Es así pues, en este contexto, que en el año 2005 la Fiscalía de la Nación, mediante Resolución número 1470-2005-MP-MP, de fecha julio de 2005, Aprobó el denominado "Reglamento de Aplicación de Principio de Oportunidad", mediante el cual estableció el procedimiento a seguir a fin de colmar los fines de la aludida institución. Por ello, el presente trabajo se encuentra orientado a difundir los alcances del procedimiento de aplicación del principio de oportunidad recogido en el artículo 2º del Código procesal penal de 1991, y la Resolución número 1470-2005.-MP-MP, "Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad", ello a fin de fomentar el descongestionamiento de la carga procesal y una mayor eficiencia en la administración de justicia, a través de un trabajo serio que tiene como propulsor el difundir los alcances y beneficios del "Principio de oportunidad" a la comunidad jurídica y, en especial, a los justiciables

1.3. Definición del problema

1.3.1. Problema principal

El problema queda definido de la siguiente manera: ¿En qué medida la aplicación del "Principio de Oportunidad" está contribuyendo al archivo definitivo de las investigaciones

preliminares por delitos de Lesiones Culposas en el Distrito Judicial de Lima?

1.3.2. Problemas secundarios

- a) ¿De qué manera la aplicación del "Principio de Oportunidad" está contribuyendo a la disminución de la carga procesal en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima?
- b) ¿De qué modo la no generación de antecedentes penales y judiciales motiva al investigado ha acogerse al principio de oportunidad?
- c) ¿En qué circunstancias al no existir Acuerdo Reparatorio afecta a la aplicación del principio de oportunidad, y por tanto al Archivo Definitivo de la investigación preliminar?

1.4. Importancia y justificación de la investigación

1.4.1. Importancia

La aparición del "Principio de oportunidad" surgió históricamente ante la imposibilidad, por parte del Estado, de perseguir todos los hechos punibles, pues, el reconocimiento del "Principio de Legalidad y obligatoriedad", llevada virtualmente hasta sus últimos extremos, provocaría el colapso de la administración de justicia penal y. más aún. ocasionalmente, limitaciones operativas para perseguir y reprimir la gran criminalidad. Se dice, entonces, mayoritariamente - aún cuando hay posiciones en contrario -, que la institucionalización del "Principio de oportunidad" no es sin más el reconocimiento del fracaso del Estado para reprimir todas las conductas punibles, y que, por ello, cumple una función supletoria de las deficientes que se observan con la aplicación de las reglas normales del proceso penal, y por tanto se encuentra limitada a la pequeña y mediana criminalidad.

1.4.2. Justificación

La presente investigación tiene como finalidad contribuir a establecer los contornos de la institución del "Principio de oportunidad", así como el procedimiento adecuado en relación a su aplicación en los delitos de Lesiones culposas, propiciado así que esta institución se convierta en una herramienta útil y efectiva para solucionar pacíficamente conflictos sociales, a consecuencia del Archivo definitivo de las causas penales - por Abstención del ejercicio de la acción penal -, y la consecuente disminución de la sobre carga procesal y de la sobre población penitenciaria.

1.5. Alcances y limitaciones

1.5.1. Alcances

El presente trabajo de investigación se circunscribe a un ámbito de Lima Metropolitana, especialmente en los distritos donde se encuentra el centro financiero de la capital como San Isidro, y los de mayor capacidad adquisitiva.

1.5.2. Limitaciones

Las limitaciones son en este caso de tipo material, pues muchos de los casos de engaño y estafa vía estas modalidades no son denunciados y cuando esto se produce no hay resultados contundentes que permitan tener una estadística real, que muestre la verdadera incidencia de este nuevo tipo de criminalidad

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General

- Determinar si el "Principio de Oportunidad" contribuye al Archivo Definitivo de las investigaciones preliminares por delito de Lesiones culposas en el Distrito Judicial de Lima

2.2. Objetivos específicos

- Analizar si el "Principio de Oportunidad" contribuye a la disminución de la carga procesal por delitos culposos en los Juzgados Penales de Lima.
- Investigar si la no generación de antecedentes penales y judiciales contribuye a que el imputado decida acogerse al principio de oportunidad.
- Estudiar si al no existir un Acuerdo Reparatorio, se afecta la aplicación del principio de oportunidad y por tanto al archivo definitivo de la investigación.

3. MARCO CONCEPTUAL

3.1. Acción Penal

La acción penal pública es aquella que puede ser ejercida de oficio -es decir, de propia iniciativa, sin necesidad de petición previa- por los órganos estatales encargados de la persecución penal, esto es, por los fiscales del Ministerio Público, es más, los fiscales del Ministerio Público están obligados a ejercerla, en virtud del principio de legalidad, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

Los delitos de acción pública constituyen la regla absolutamente general en nuestro sistema. En algunos pocos casos, el ejercicio de la acción penal pública está supeditado en su inicio a que la víctima del delito al menos denuncie el mismo a los tribunales, a los fiscales del Ministerio Público o a la policía. Estos son los llamados delitos de acción pública previa instancia particular, y son, entre otros, los de lesiones menos graves, violación de domicilio, etc.

3.2. Acuerdos reparatorios

Son acuerdos directos entre el imputado y la víctima que tienen por objeto la reparación del daño producido a esta última. No tienen necesariamente carácter pecuniario. Deben ser aprobados por el Juez, caso en el cual extinguen la acción penal contra el imputado.

3.3. ¹¹⁰Facultad de no iniciar investigación

Es la ⁴⁷facultad de los fiscales del Ministerio Público de no iniciar una ⁸⁷investigación cuando los hechos denunciados no sean constitutivos de delito o cuando las responsabilidades penales se encuentran extinguidas por cualquier causa.

3.4. ⁴⁷Principio de oportunidad

Es la facultad de los fiscales del Ministerio Público de no iniciar la investigación de un delito o de no continuar la ya iniciada cuando el hecho no comprometa gravemente el interés público.

3.5. ⁴⁷Denuncia fiscal

Al Ministerio Público le corresponde promover de oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

3.6. ¹⁴Salidas Alternativas

Son mecanismos establecidos por ley, que bajo ciertos presupuestos legales de procedencia, ponen término al procedimiento sin necesidad de que el asunto sea conocido en un juicio oral.

4. ⁴⁷FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS y VARIABLES

4.1. ⁴⁷Hipótesis General (H1)

La aplicación del "principio de oportunidad", en nuestro sistema procesal penal actual, es favorable al archivo definitivo de las investigaciones preliminares por delitos de Lesiones Culposas; especialmente por aquellos que son producto del tráfico automotor.

4.2. ⁵⁹Hipótesis Derivada (H2)

Determinar si la adecuada aplicación del principio de oportunidad, en sede fiscal, incide en la disminución de la carga procesal de los

Juzgados Penales de Lima, previo acuerdo reparatorio entre las partes

4.3. Variables e Indicadores

Hipótesis (H1):

La aplicación del "principio de oportunidad", en nuestro sistema procesal penal actual, es favorable al archivo definitivo de las investigaciones preliminares por delitos de Lesiones Culposas; especialmente por aquellos que son producto del tráfico automotor

Variable Independiente: (X)

Aplicación del Principio de oportunidad.

Indicadores:

X1 Acción penal pública.

X2 Ejercicio público y privado de la acción

X3 Presupuestos de procedencia de la acción penal

Variable Dependiente: (Y)

Archivo definitivo de investigaciones preliminares - delitos de lesiones culposas.

Indicadores:

Y1 Estadística judicial

Y2 Fiscalías Penales.

Y3 Despacho judicial.

Variable Interviniente: (Z)

Tráfico automotor

Indicadores:

Z1 -Jurisprudencia

Z2 - Casos emblemáticos

Hipótesis (H2):

Determinar si la adecuada aplicación del principio de oportunidad, en sede fiscal, incide en la disminución de la carga procesal de los Juzgados Penales de Lima, si hay acuerdo reparatorio entre las partes.

Variable Independiente: (X)

Aplicación del principio de oportunidad

Indicadores:

X1 Supuestos de Falta de necesidad y merecimiento de pena

X2 Principio de intervención indiciaria.

X3 Resolución de pertinencia

Variable Dependiente: (Y)

Disminución de la carga procesal.

Indicadores:

Y1 Estadística judicial.

Y2 Reconocimiento de responsabilidad

Variable Interviniente: (Z)

Acuerdo reparatorio

Indicadores:

Z1 Audiencias

Z2 Reparación civil del daño.

Z3 Resolución de abstención.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. BASES TEÓRICAS

1.1. Generalidades

El devenir histórico e inexorable de la humanidad es una constante manifestación de conflictos sociales que responden a su propia naturaleza. Sobre esta realidad innegable, el ser humano, durante el tránsito de su existencia y luego que despertara de su rutina instintiva - tomando conciencia de las ventajas de vivir en sociedad -, fue promoviendo diversos mecanismos para la solución de los conflictos que diariamente aquejaban a su primitiva civilización, de tal modo que tanto la realización de la justicia "por propia mano", hasta la institucionalización del derecho como mecanismo más avanzado para promover la paz social, responden a una misma y constante realidad histórica.

En este sentido, el derecho procesal penal moderno, como una de las herramientas de mayor trascendencia para solucionar los conflictos sociales más graves, se erigió exclusivamente en base al denominado "Principio de legalidad". que consiste en la obligatoriedad de la persecución - por parte del órgano requiriente del Estado - de aquellos hechos constitutivos como delitos¹

Por ello, conforme lo señala el Profesor San Martín Castro, "(...) La regla general de nuestro sistema procesal es el principio de legalidad o de obligatoriedad; corresponde al Ministerio Público instar obligatoriamente la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión..."².

¹ SAN MARTIN CASTRO, César E. 'Derecho Procesal Penal - Volumen I\ Editorial Jurídica Grijley. Segunda Edición actualizada y aumentada. Lima - Octubre 2003. pág. 113. Ibidem, p. 137.

Sin embargo, este principio llevado virtualmente hasta sus últimos extremos, no hace sino evidenciar el fracaso del Estado para reprimir todas las conductas punibles, ello debido al grave riesgo que se genera con el probable colapso de la administración de justicia penal, a la sobre carga procesal y la sobre población penitenciaria; además de las consecuentes secuelas de la "prisionalización" que convierte al centro de reclusión penal en una escuela del delito, en la cual los internos condenados por un delito de escaso efecto social, asimilan conductas disociales más graves.

En este escenario, el "Principio de oportunidad" surge como una institución tendiente a seleccionar las causas penales en que el Estado se encuentra interesado en reprimir, y que, por ende, merecen una mayor atención de la justicia penal; de aquellas en las cuales el estado manifiesta una falta de "interés suficiente" en su persecución - ya sea por el escaso efecto social de daño causado o por su poca frecuencia -, procurando así la solución del conflicto, asistiéndose de medios alternativos de tendencia reparatorio. los cuales evitan el incremento de costos procesales, dilación innecesaria de causas penales y fomentan el descongestión del sistema judicial al reducir la tramitación de causas penales.

Ahora bien, en relación al "Principio de oportunidad", esta institución procesal ha sido objeto de estudio desde dos ópticas divergentes, aunque siempre reconciliables. La primera visión incide en su naturaleza excepcional. Así pues, en este tipo de estudio tenemos, entre otros autores, a autores como Cubas Villanueva y Catacora Gonzales quienes consideran que el "Principio de oportunidad" se contrapone diametralmente al "Principio de Legalidad". Así pues, Cubas Villanueva entiende al "Principio de oportunidad" - reglado -"(...) como una excepción al reino del Principio de legalidad. ."; precisando que "(...) en ordenamientos como el nuestro el principio de oportunidad se encuentra reglado, es decir, sólo se puede aplicar a algunos delitos, en función de que afecten levemente el interés social...".

De de igual parecer es Catacora Gonzales, quien sostiene que el principio de oportunidad" es "(...) la antítesis del "principio de legalidad u obligatoriedad"³

³ CUBAS VILLANUEVA. Víctor. "El Proceso Penal Teoría y Práctica". Palestra Editores. Edición. Lima - 2000

²¹ que sus propósitos son loables y podría convertirse en un gran instrumento para descargar a los Fiscales y Juzgados del trabajo inútil..."⁴.

Por otro lado, otros autores resaltan el estudio del "principio de oportunidad" teniendo en cuenta su carácter alternativo; sosteniendo que con motivo de la aplicación del "Principio de oportunidad" (...) se le concede al órgano requiriente la facultad discrecional de seleccionar aquellas infracciones penales que pueden ser objeto de solución entre las partes en conflicto - dejándolas de lado por falta de necesidad del "ius puniendi"-; de aquellas otras que exigen ser elevadas ante el órgano jurisdiccional. Estos autores consideran que el "Principio de oportunidad" se constituye como una alternativa posible al "Principio de legalidad".

En tal sentido, indica Sánchez Velarde que el principio de oportunidad se entiende, en sentido amplio, como la facultad discrecional del Fiscal en la persecución del delito, es decir, en la plena libertad para decidir sobre la persecución del delito y del delincuente; precisando que en realidad ambos principios - el de legalidad y oportunidad - guardan estrecha relación con las Teorías absolutas y relativas de la pena, y representan la idea de unidad e igualdad en la aplicación de las leyes penales, así como en la necesidad de hacer concesiones a las posibilidades prácticas de la persecución penal. El "principio de oportunidad", señala finalmente, "{...} aparece como una alternativa posible al principio de legalidad..."⁵.

En esta misma línea de estudio, Julio Maier define el "Principio de oportunidad" como "(...) la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescinda 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, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente..."⁶.

Asimismo, Oré Guardia, desde una óptica positiva, indica que el principio de oportunidad es un "(...) mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal Titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a

⁴⁴ CATACORA (iONZALES, Manuel. "Lecciones de Derecho Procesal Penal" Cultural Cuzco. Primera Edición. Lima.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial Moreno S A Primera Edición. Lima - Mayo 2004. pág. 364 - 366 * MAIER, Julio. "Derecho Procesal Penal Argentino" (Tomo B) Hammurabi. Buenos Aires - 1997

²¹ la actividad jurisdiccional penal, o en su caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por ley..."ⁿ⁷.

Finalmente, Melgarejo Barreto afirma que el principio de oportunidad, llamado también criterios de oportunidad. "(...) 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..."ⁿ⁸.

Ahora bien, como se ha señalado, el fenómeno que puso en tela de juicio el sistema procesal penal construido en base al "Principio de legalidad", reside, a decir de Sánchez Velarde, "(...) en un obstáculo aparentemente insalvable y asociado a la imposibilidad táctica de investigar y perseguir todos aquellos delitos que se cometen y que ingresan al sistema de justicia penal, lo cual ha obligado a tomar decisiones político criminales que importan la implementación de mecanismo de selección de las conductas delictivas que permitan la continuidad del funcionamiento del sistema de justicia penal..."⁹.

Es así, pues, que el "principio de oportunidad" surge como un mecanismo que "(...) permite racionalizar la selectividad de infracciones penales, dejando de lado todas aquellas en donde sea innecesaria la aplicación del "lus punendi"; y, además, se contribuye a la eficiencia del sistema, dado que excluyendo a las infracciones de menor entidad, se fortalece el sistema de justicia penal para que intervenga efectivamente en los casos de infracciones de mediana y grave criminalidad.

Por ello, se afirma acertadamente que "(...) El principio de oportunidad aparece como todo un mecanismo de carácter procesal que busca evitar que se inicien procedimientos penales innecesarios o se archiven los ya iniciados, bajo determinados supuestos preestablecidos en la ley.

⁷ ORE GUARDIA, Arscnio. "Estudio de Derecho Procesal Penal". Editores Alternativa. Primera Edición. Lima - 1993. pág. 133.

⁸ MELGAREJO BARRETO, Pepe. "El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal" Jurista Editores. Primera Edición. Lima - Mayo 2006. pág. 118.

⁹ IMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Penal. 2da. Edición. Colcx. Madrid. 1997 pág. 64,

Ahora bien, dos son los supuestos de orden preventivo que asume la ley para determinar la abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad. El primer consiste en la falta de necesidad de pena y el segundo en la falta de merecimiento de pena; los cuales incorporan, en el caso del primero, el supuesto de pena con natural, en tanto que el segundo criterio recoge supuestos vinculados a los delitos de bagatela (Delitos de escaso efecto social, como por ejemplo los delitos poco frecuentes y los que no afectan gravemente el interés social), y además los delitos de mínima culpabilidad o mínima contribución a la perpetración del delito.

Por otro lado, en las legislaciones comparadas, se advierte que el "Principio de oportunidad" se ha diferenciado en su regulación en consonancia a los fundamentos que motivan su aplicación. Así pues, en este sentido, doctrinariamente se distingue 2 sistemas de regulación del "principio de oportunidad" que son aplicados en diferentes países

1.2. Sistema de Oportunidad Libre

Este sistema es seguido por países anglosajones o angloamericano, como por ejemplo los Estados Unidos. Este modelo implica que el Fiscal ejerce las facultades persecutorias con una ilimitada discrecionalidad, por cuanto se ignora el principio de legalidad, dando lugar al principio de oportunidad que debe aplicarse como regla absoluta y casi obligatoria. No se admite siquiera que el Fiscal pueda ser obligado a perseguir un caso de un hecho delictivo, pues el Fiscal tiene un amplio rango de discreción; hasta tal punto que se le faculta si puede ordenar una investigación sobre un caso concreto o no. decidir si se inicia formalmente la persecución; si negocia con el imputado, elegir los cargos que se formula, dónde y cuándo, sin sujetarse a ninguna regla preexistente.

En este sistema, no se admite siquiera que el agraviado impugne judicialmente la decisión del Fiscal de abstenerse del ejercicio de la acción penal. Mediante este sistema, pues, el Juez Penal se sustrae del conocimiento de los hechos, y se limita a decidir sobre los términos de la negociación libre que no ha controlado. Se aplica el principio de oportunidad como regla

1.3. Sistema de Oportunidad Reglado

Este sistema, en contraposición al modelo descrito anteriormente, radica en que la ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución legal y decidir el archivo del caso concreto. Se aplica el principio de oportunidad como excepción.

Este modelo es propio de los países europeos (Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España, etc.). Nuestro sistema procesal penal con la entrada en vigencia del artículo 2° del Código Procesal Penal 1991, ha adoptado el sistema de oportunidad reglado, en el cual los poderes de discrecionalidad del Ministerio Público se circunscriben a la posibilidad de abstenerse del ejercicio de la acción penal pública, cuando esto le es permitido expresamente por la ley.

En este orden de ideas, el "Principio de oportunidad", más allá de una u otra postura u opción legislativa, se encuentra asociado a una finalidad reparatoria para lo cual emplea mecanismos alternativos de solución de conflictos" que complementa el logro de los fines de la justicia penal, cual es la paz social. Así pues, estos medios alternativos se configuran como procesos con características diferentes del proceso judicial, contribuyendo así al logro de una solución duradera, viable, y adecuada de los conflictos sociales. No tiene por fin desplazar o competir con el proceso judicial, sino más bien sirve de complemento al aparato Estatal a fin de ayudar en la mejora de la administración de justicia.

1.4. La dirección de la investigación preliminar

La Constitución Política de 1979, anunció el ingreso de un nuevo sistema Procesal Penal a nuestro País. Fue esta Carta Magna la que logró que el Ministerio Público adquiriera autonomía frente al Poder Judicial del cual formó parte por muchos años y le otorgó en primer término al Fiscal la facultad de vigilancia e intervención en la Investigación Preliminar, a fin de orientarla en cuanto a la prueba.

La Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto Legislativo N° 052, desarrollada bajo el marco normativo de la Constitución de 1979, se sumó a lo que los Procesalistas consideraron como el ingreso del Sistema Acusatorio Garantista Moderno al Proceso Penal Peruano.

Pese a ello, actualmente cuando hacemos Proceso Penal, aplicamos el

Código de Procedimientos Penales de 1940, inspirado en el Sistema Procesal Mixto, algunas normas del Código Procesal Penal de 1991 desarrollado bajo las bases del sistema Procesal Acusatorio Garantista Moderno y leyes especiales estructuradas bajo el último de los sistemas que hemos mencionado.

Esta Mixtura de Sistemas Procesales, pone como tema de discusión lo relacionado a los Principios de celeridad Procesal, plazo razonable y economía Procesal, porque, posibilita para un mismo hecho la existencia de tres Investigadores: Por un lado puede Investigar La Policía por delegación y control del Fiscal, por otro también lo puede hacer el Fiscal en su despacho y posteriormente el Juez en el Juzgado, pues aún cuando se le haya otorgado la denominación de Juez Penal, éste se constituye como un magistrado Investigador en la etapa de la Instrucción.

Lo expuesto, nos motiva a aclarar que en la actualidad el Fiscal en mérito a las atribuciones que le ha conferido la Constitución Política vigente (1993) y la Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo numero 052, es el Director de la Investigación Preliminar, pues le corresponde conducir desde su inicio la investigación del delito, para lo cual, la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos en el ámbito de su función.

Es por esta razón, que el Código Procesal Penal de 1991. en su contenido normativo ha previsto que la policía y sus cuerpos especializados en criminalística, así como el Instituto de Medicina Legal y otros organismos tienen la obligación de proporcionarle los informes y realizar los estudios que les requiera el Representante del Ministerio Público, para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

Es importante, también mencionar que en nuestro actual sistema procesal, si bien, el Fiscal es el Director de la Investigación Preliminar o etapa previa al proceso, cuando se instaura el Proceso Penal, su rol protagónico varía, ya que el Juez en la etapa de la Instrucción judicial se constituye en el Director de esta y por su parte el Ministerio Público asume una nueva función, cual es. la de representar en juicio a la sociedad, velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia, perseguir la reparación civil. controlar el proceso, y ejercer las demás atribuciones que le confiere ley.

1.5. La investigación preliminar

Según el diccionario. Larousse, Investigar en sentido común, es intentar descubrir o conocer alguna cosa examinando atentamente cualquier indicio o realizando las diligencias para su averiguación¹⁰.

En el manual de Procedimientos Operativos de Investigación Criminal de la ex Policía de Investigaciones del Perú se define a la Investigación Policial como el proceso metodológico, continuo, organizado, especializado y preciso de análisis y síntesis que la pesquisa policial desarrolla respecto a los diversos aspectos que expliquen la perpetración de un delito a fin de lograr su esclarecimiento".

Pedro López Calvo y Pedro Gómez Silva, al referirse a la Investigación Criminal estructuran su definición, como el conjunto de saberes interdisciplinarios y acciones sistemáticas integrados para llegar al conocimiento de la verdad relacionada con el fenómeno delictivo¹².

En Derecho Procesal Penal, la Investigación Preliminar, la podemos definir como la etapa anterior al Proceso Penal, constituida por un conjunto de actos realizados directamente por el Fiscal o por la Policía bajo su dirección en la cual con la concurrencia de Peritos o especialistas se averigua un hecho desconocido, que presuntamente constituye delito según el ordenamiento sustantivo Penal.

Esta etapa, en cuanto a finalidad tiene por objeto la búsqueda de los indicios y de las pruebas que sirvan para acreditar la existencia de delito y la responsabilidad que pueda tener en él una o más personas, a fin que el Fiscal determine si tiene o no causa probable o prueba suficiente que le permita sustentar y denunciar el hecho, a su autor y/o Participes.

El Código Procesal Penal de 1991, en su artículo 91, respecto al concepto esbozado indica que la finalidad de la investigación es determinar si la conducta inculpada es delictuosa, conocer las circunstancias o móviles de su perpetración, la identificación del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado

Esta etapa, igual que la instrucción goza del Principio de Reserva, a fin de preservar el resultado de las diligencias actuadas e indicios obtenidos y evitar que

¹⁰ LAROUSSE, Diccionario Enciclopédico. Spes Editorial S.L., Barcelona 2002. pág. 569

¹¹ POLICÍA DE INVESTIGACIONES DEL PERÚ, Introducción a la Investigación Policial y Manual de Procedimientos Operativos de Investigación Criminal, Volumen I. Lima, 1988 pág. 10

¹² LÓPEZ CALVO, Pedro. GÓMEZ SILVA Pedro, Investigación Criminal y Criminalística. Editorial Temis S.A.. Bogotá, 2000 pág. 55

13
no se perturbe la actividad probatoria.

14
El Representante del Ministerio Público al dirigir la Investigación preliminar, debe encabezarla y convertirse en el responsable principal de las acciones y diligencias que se debe ejecutar para el esclarecimiento de la comisión del delito.

Cuando bajo este contexto, la Constitución Peruana de 1993, señala que le corresponde al Ministerio Público, conducir desde su inicio la investigación del delito y que con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos en el ámbito de su función, está reconociendo Constitucionalmente que el Fiscal posee la obligación de dirigir la investigación y por tanto, la Policía Nacional se constituye en un ente auxiliar del Fiscal en la Administración de Justicia.

Si realizamos una comparación, de la regulación de las facultades del Ministerio Público contenida en la Constitución Política de 1979 con la de 1993, podemos observar que existe una marcada diferencia entre ambas, pues la primera, en su artículo 250°, consideró que al Ministerio Público le correspondía sólo Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial. orientándola en cuanto a las pruebas y supervigilándola para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes a efecto de llevar adelante la promoción oportuna de la acción Penal Esta concepción a variado y ha sido superada por la Constitución vigente, ya que el legislador tomando en cuenta el Principio Acusatorio Garantista Moderno, en el artículo 159° inciso 4°, ha considerado que el Fiscal es el conductor de la investigación del delito y coloca a la Policía Nacional supeditada a las disposiciones que a este respecto se le imparta.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO

11
"El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta

administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación" ¹³.

2.1. Antecedentes históricos

El Ministerio Público es de origen francés. Algunos autores creyeron encontrar su origen en Grecia y Roma antiguas, debido a que algunas de las funciones que se le atribuyen fueron ya cumplidas por algunos funcionarios de esa época, ahora existe casi unanimidad en admitir que los verdaderos antecedentes del Ministerio Público, hay que buscarlos en el antiguo derecho francés y en su derecho revolucionario. Esto no significa que en los demás países de Europa continental sólo se hubiera recepcionado, mecánicamente, esta Institución. La recepción del derecho francés se produce bajo la influencia del sistema jurídico nacional vigente y de las demás circunstancias sociopolítica¹⁴.

Para comprender bien el origen del ministerio Público, debe tenerse en cuenta los orígenes del procedimiento penal En sus inicios, momentos en el que una autoridad pública se organizó, se limitaba a orientar la venganza privada, proponiendo un árbitro imparcial, encargado de controlar el desenvolvimiento normal del rito procesal. Los interesados debían comparecer; el agraviado para sustentar su reclamo, y el denunciado para defenderse. Este tipo de proceso ha recibido el nombre de "acusatorio". Al comienzo, el derecho de acusar correspondía exclusivamente a la víctima o a sus parientes. Las componendas que se producían entre las partes, obligó al Estado, en la medida que se consolidaba, a establecer condiciones para que la infracción no permaneciese impune

Si vemos lo sucedido en Francia, constatamos que desde el siglo XIII existía, entre las diferentes jurisdicciones, numerosos agentes (llamados procuradores) que asumían la función de representar a las partes en el proceso. Los Señores feudales utilizaban, también, un "procurador" para defender sus intereses fiscales; los Reyes hicieron lo mismo A mediados del siglo XIV, el Procurador del Rey aparece firmemente instalado en el proceso penal. Es así como, en la práctica, surgió - cuando crecía el poder real la institución de un

¹³ LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO Decreto Legislativo N° 052, Art. 1°

¹⁴ GARCÍA RADA, Domingo Ministerio Público en el Proceso Penal Peruano, en Revista Mexicana de Derecho Penal. N° 4, México. 1970, p. 35.

20

acusador especializado, encargado de representar objetivamente el interés social: el Ministerio Público. Su autoridad va aumentar a medida que el procedimiento deviene de tipo "inquisitivo", influenciado por el procedimiento eclesiástico. Pero su aparición no puede ser apreciada sólo desde la perspectiva del Proceso penal Si se tiene en cuenta su evolución durante los siglos XIV a XVI, se aprecia que su configuración es el resultado de la fusión de dos instituciones diferentes"

El Ministerio Público, se formó en un largo proceso histórico, durante los siglos XIV y XVI. Es el resultado de la fusión de dos instituciones diferentes; la de los Abogados del Rey y la de los Procuradores del Rey. La primera, se consolidó en el siglo XIV; sus miembros cumplían funciones puramente procesales. La segunda, de origen más remoto, era de carácter administrativo, y sus miembros cumplían importantes funciones fiscales. Al parecer en el siglo XVI, como una sola institución, en el Ministerio Público, prevalecieron las funciones administrativas sobre las procesales. El Ministerio Público, fue un instrumento importante del centralismo monárquico, en contra del "particularismo y las fuerzas centrífugas del feudalismo" Se había gestado como "arma anti nobiliaria de los reyes franceses"

En la época del absolutismo los miembros del Ministerio Público, se hicieron apreciar por el pueblo. En los Cuadernos de Súplicas de 1789 no figuran quejas formuladas contra ellos. Las críticas formuladas, entonces, son generales y tienen su origen en la aversión popular existente contra los magistrados. LA Asamblea Constituyente no lo hizo desaparecer, sino lo reformó. La función político-administrativa que los caracterizó, durante el Ancien Régime, pasó a manos de los prefectos y funcionarios procesales. Los legisladores revolucionarios organizaron - con el fin de estatuir un Tribunal imparcial- el procedimiento penal de acuerdo al modelo civil Al acusado, demandado, se le opuso, como demandante, el acusador público; representante de la sociedad.

Con la Constitución del año VIII (13-12-1799) Napoleón adquirió los plenos poderes del gobierno y bajo su dominio el Ministerio Público se organizó plenamente. Exhibiendo el título de Cónsul, proclama, entonces que "la revolution est finie" y promete a los franceses "pouvoirs forts et stables". En la organización del Ministerio Público y con el mismo objetivo de consolidar y centralizar el poder,

7

⁸ AGUILAR MAYA, José. Dignidad del Ministerio Público, y fundamentación de la Nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, en Revista Mexicana de Derecho Penal N° 12. México. 2000. p. 81.

se retoma el modelo existente en la Monarquía absoluta; pero, no se trata de una simple imitación. Todo lo contrario, Rassat ha podido decir que es falso sostener que "el Ministerio Público moderno no es sino una transposición del Ministerio Público del ancien régime". Según él, se trata de dos instituciones diferentes: pues, el Ministerio Público, moderno ha sido creado "de toutes pièces par le législateur napoléonien". La función del nuevo Ministerio Público es determinada en base a la "defense en relación a la representación del Ejecutivo. De esta manera, se postulaba la coincidencia de los intereses de la sociedad con los intereses del Estado.

Las bases legales del Ministerio Público, son fijadas, primero, por la Ley del 27 de enero de 1801, luego, con el Code d'instruction criminelle de 1808; y, por último, en las leyes sobre la organización judicial del 20 de abril de 1810 y en los decretos del 30 de marzo de 1808, 6 de julio y 18 de agosto de 1810. Sus características decisivas fueron la duplicidad y la ambigüedad.

Fue concebido, a la vez, como órgano judicial constituido por magistrados independientes y autónomos en sus apreciaciones, y como funcionarios del Poder Ejecutivo ante los tribunales, obligados a obedecer al poder central, siendo equiparados a los funcionarios de la administración gubernamental.

Su sometimiento al Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia) se manifestaba con relación a los nombramientos, exclusiones y sanciones. En cierta forma, eran dependientes de sus superiores jerárquicos en cuanto al cumplimiento de sus funciones y, en último análisis, al indicado Ministerio. En resumen, se puede afirmar que los textos legales napoleónicos estatuyen un Ministerio Público "configurado como representantes del poder central". Sus miembros eran nombrados y destituidos por éste; y, por último, estaban sometidos a un régimen de responsabilidad centrado, de manera acentuada, en la forma de responsabilidad disciplinaria"

En Alemania el Ministerio Público, surge como institución autónoma sólo durante la formación del Estado moderno, en el siglo XIX En el dominio de la justicia penal, se encuentra relacionado, estrechamente, con el abandono del proceso inquisitivo en favor del acusatorio. Este hecho refleja, de manera directa, la idea de la división de poderes; la misma que se materializa, también, en la

" AYA GOÑI, Eduardo. El Ministerio Fiscal. En Revista de Derecho Judicial, año II, N° 8. Madrid 2002. p. 121.

⁶⁸ distribución de funciones dentro de cada poder. En el judicial, se distinguió entre el poder de acusar y el de condenar. Dos organismos diferentes debían ejercerlos; el Ministerio Público y el Juez; fue regulado en el Código de Procedimiento y en la Ordenanza sobre la Organización Judicial⁷

⁷ El Ministerio Público alcanzó su mayor fuerza durante el régimen nazi. En la reforma de 1933, se da al Ministerio Público poderes omnímodos, "no se le tiene más como sometidos a las leyes, al control del juez o de la parte agraviada. se transforma, así, en el patrón del proceso". Jerárquicamente organizado y sometido a las directivas del poder central (del cual forma parte), el Ministerio Público, devino en el instrumento idóneo para imponer la voluntad política del Estado autoritario en todo proceso penal.

⁶⁹ A la caída del régimen nazi, la oposición contra el Ministerio Público, fue fuerte y general. Sin embargo, no logró concentrarse; llegando a disminuir, notablemente, al consolidarse el nuevo régimen político conforme a la nueva Constitución. De allí que se le conservó, se mantuvo su organización jerárquica y su dependencia del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia). Sin embargo, se redujo, prudentemente, sus potestades y se evitó su manipulación por parte del Poder central, mediante una clara regulación de la facultad otorgada a éste para darle directivas. Actualmente, mantiene las líneas fundamentales de su estructura monocrática y jerárquica; tanto interna (los miembros del Ministerio Público, son representantes del jefe máximo) como externamente (el Ministerio Público es la autoridad máxima). Los miembros del Ministerio Público no actúan por poder propio, sino en representación del Procurador General (de acuerdo al sistema federal del país)⁸.

⁷ En España, en primer lugar, a los Fiscales, instituidos por Juan I en el Parlamento de Briviesca y cuyo número fue aumentado notablemente por los Reyes Católicos. Estos funcionarios ejercían vigilancia sobre la buena marcha de los tribunales. Su poder fue reforzado por Felipe V de Borbón. Fue esta institución la trasplantada a América por los conquistadores; donde también los fiscales desempeñaron la función de defensa de los indios¹⁹.

⁷ RAMÍREZ ROJAS, Alfonso. La Administración de Justicia y la nueva filosofía del Ministerio Público, en Anales de Jurisprudencia, México. 2001, p. 170.

⁸ PRIETO CASTRO Y FERNANDIZ, Leonardo. Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil, en Trabajos y orientaciones del Derecho procesal. Madrid - España, I^Wi. p. 3-91. " Ibid. P. 54

El Ministerio Público moderno, originario de Francia, es incorporado en la Constitución española de 1812; pero, sólo en el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, aparece claramente instituido. En 1870, la Ley Orgánica del Poder Judicial lo regula como órgano de iniciativa, vigilancia y representación del Gobierno ante los Tribunales. Hasta 1926, los jueces y Fiscales formaban parte de una misma institución. A partir de entonces (Estatuto Orgánico de 1926, Reglamento de 1927), son separados para constituir organismos diferentes; Poder Judicial y Ministerio Público en cuanto a su organización, el Ministerio Público era jerárquico y dependiente del Poder Ejecutivo (a quien representaba ante los Tribunales). Actualmente se ha perfeccionado su estructura y funciones; sobre todo, mediante la dación de la Ley Orgánica del Estado de 1970 y la puesta en vigencia de la Constitución de 1978²⁰.

2.2. Evolución del Ministerio Público en el Perú

En nuestro país, puede considerarse como el antecesor más remoto del Ministerio Público, al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias. Su función de defensor de la hacienda pública y real es fortalecida al instalarse, en 1542, La Real Audiencia de Lima y, luego, la del Cuzco. Con anterioridad, ya hemos señalado que el Fiscal estaba encargado de la defensa de los indios. Aun cuando, entonces, no se encontraban nítidamente diferenciadas las labores gubernamentales y judiciales del Estado, el Ministerio Público, era, sobre todo, una autoridad judicial. Esta separación del Poder Central, fue, igualmente, una nota distintiva de los Oidores.

La asimilación de los miembros del Ministerio Público al aparato judicial se mantuvo durante la época republicana. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia y la creación de la Corte Suprema (1825), el Ministerio Público, ha estado siempre al lado de los jueces. La regulación legal de la institución era deficiente; por ejemplo, los Reglamentos de Organización de los Tribunales no los mencionaban como constituyendo un organismo.

La convención de 1855 aprobó la ley sobre la Organización del Ministerio Fiscal (Ley de 7.7.1857). Basadre²¹ resume las facultades del Fiscal de la Nación

HERRERO TEJEDOR, Fernando. Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España. 2000, p. 407-409. ²¹ BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú, 6a. edición, IV, Lima 1968, p. 151

de la siguiente manera: "aparte de la supervigilancia del Poder Judicial y, en especial sobre los Fiscales de las Cortes y Agentes Fiscales, le correspondía dictaminar en los asuntos y casos que le competían según la ley de ministros; cuidar de que todo funcionario público cumpliera la constitución y las leyes; dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República; inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias; cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados". Los reglamentos y leyes posteriores variaron las funciones del Ministerio Público; pero mantuvieron su estatus de organismo de la administración de justicia. Sin embargo, durante mucho tiempo, se le mantuvo como defensor del Estado en juicio.

Sólo en 1936, durante la presidencia de Benavides, se organizaron los Procuradores Generales de la República para la defensa de los intereses del Estado, en los litigios civiles como demandantes o demandados; y, en asuntos penales, como parte civil. El desarrollo y complejidad del sistema estatal, conforme a la nueva realidad socio-política, hizo necesaria esta separación de funciones. Esta tendencia se consolida con la dación del D.L. 17537, del 25 de marzo de 1969, que crea el Consejo de Defensa Judicial del Estado. Así se centraliza y estructura, jerárquicamente, a los Procuradores. La culminación de esta evolución legislativa es la nueva regulación del Ministerio Público, primero, en la Constitución de 1979; y luego, en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

De esta manera nuestro sistema procesal penal, comprendido el Ministerio Público, tiene un origen eurocontinental; con mayor precisión, hispano-francés. Una de sus características esencial es la clara distinción entre órganos requirientes (Ministerio Público). Teniendo en cuenta esta concepción, la Constituyente reguló la función del Nuevo Ministerio Público; en el proceso penal Así por ejemplo, señaló que se encargaría de "vigilar e intervenir" en la investigación del delito y de "promover la acción penal" La imprecisiones e incorrecciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, de serias repercusiones en la actividad de la Institución, tienen su origen en el error, cometido por los redactores de la ley, de pretender atribuir al Ministerio -un "poco a la manera norteamericana" la actividad de investigar las infracciones que -conforme a

nuestro sistema procesal, presupuesto por la Constituyente- corresponde al Poder Judicial (Juez Instructor).

En resumen, desde la vigencia de la L.O., del Ministerio Público, el campo de acción de esta entidad se amplía, de modo que a la par que se le da mayor independencia, se le asignan más responsabilidades

En la Constitución de 1993 (arts. 158° y 159°) se precisan sus características, reiterándose su autonomía y su igualdad en derechos, prerrogativas e incompatibilidades a los miembros del Poder Judicial".

En lo que concierne al proceso penal se le encarga en primer lugar a promover de oficio o petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho (inc. 1). Esta expresión es bastante genérica y no corresponde a lo que realmente puede hacer el Ministerio Público. La frase defensa de la legalidad podría entenderse como garantizador de la ley, pero hay muchas ilegalidades en las que no interviene el Ministerio Público. porque existen canales propios para su protección.

Lo mismo ocurre con los intereses públicos tutelados por el derecho. Todos los intereses públicos tienen tutela jurídica, pero en muchos, tampoco le es permitida intervención al Ministerio Público y mucho menos para promover la acción. Lo que debe entenderse en dicho inciso primero, es que esa facultad promotora debe ser reconocida por la Ley. Son contactadas las normas que autorizan esa facultad y a ellas se refiere la Constitución En el caso del proceso penal, donde expresamente se le otorga la titularidad del ejercicio público de la acción penal

En segundo lugar (inc. 3), se le encarga representar en los procesos judiciales a la sociedad, expresión que tampoco es feliz porque puede dar lugar a diversas interpretaciones No significa que el Ministerio Público, se apersona en todos los juicios en que la sociedad es parte, puesto que la sociedad nunca actúa como sujeto procesal. Tampoco representa al Estado en juicio, porque para eso están los Procuradores Públicos. Lo que tiene que entenderse es que, cuando el Ministerio Público actúa, ya sea investigando o promoviendo la acción penal, lo hace representando los valores e intereses de la sociedad que resulta afectada por el delito.

²¹ RUÚJO, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993, Edil. Deseo, 4° edic. Lima, 1994. pp. 171-172.

Por eso. el Art. 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público aclara este concepto expresando que la representación de la sociedad en juicio es para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil.

En tercer lugar (inc. 4), se le encarga conducir su inicio la investigación del delito (inc.4), ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte (inc.5) y emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. Aparte de estas funciones de carácter general, se le asignan otras funciones específicas en otros dispositivos de la propia Constitución y leyes especiales.

El Fiscal de la Nación formula denuncias ante la Corte Suprema cuando en Congreso expide resolución acusatoria de contenido penal, en contra de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el Art. 99 del propio texto constitucional. Luego decide la acción penal contra magistrados, fiscales y funcionarios públicos por actos que les acarreen responsabilidad o cuando hay presunción de enriquecimiento ilícito (Art.66 Ley Orgánica del Ministerio Público).

El Fiscal Supremo Penal puede plantear el Recurso de Revisión (Art. 82º inc. 1) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, deduce la nulidad de los actuado por irregularidades procesales; solicita a la Corte Suprema, apertura de proceso disciplinario contra miembros de la Sala Superior por vicios procesales, emite dictamen ilustrativo en proceso de extradición; emite dictamen previo a la sentencia en procesos con pena mayor de 10 años.

Los Fiscales Superiores y Provinciales, ejercitan la acción penal ante el Poder Judicial en los casos que les compete y tiene la carga de la prueba en ella; intervienen en los procesos penales desde la etapa previa hasta la expedición del fallo; emiten dictamen antes de la resolución final; formulan acusación para iniciar la etapa de juzgamiento; vigilan el cumplimiento de las leyes en la forma y en el fondo y que se respeten las garantías y principios constitucionales, presentando los escritos correspondientes.

Para el cabal cumplimiento de su misión y especialmente en lo que concierne a la carga de la prueba, los jueces y funcionarios públicos deben citar oportunamente y bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso, a las diligencias fundamentales y actuación de pruebas. Igualmente, debe ser

notificado con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad (Art 14° L.O.M.P.).

El Art 10° de su ley orgánica dispone que apenas detenida una persona por la comisión de un delito, debe ponerse en contacto con él para asegurar su derecho de defensa, y el Art. 11° le otorga la titularidad de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia a parte o por acción popular, si se trata de delitos de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley le concede expresamente, lo que quiere decir que el Ministerio Público es el único que puede denunciar un delito de acción pública y que la labor que se le encarga desde la etapa prejurisdiccional, significa el abandono del sistema mixto y la adopción de acusatorio

De conformidad a la nueva Constitución, el Ministerio Público con la colaboración policial debe llevar a cabo la investigación, producir la prueba y formarse criterio sobre el delito y la posible responsabilidad del investigado, dejando al órgano jurisdiccional la tarea del juzgamiento

Si bien es cierto que la Constitución Política de 1979 fue la que por primera vez organizó al Ministerio Público como ente autónomo, el Congreso Constituyente encargado de elaborar la Carta Política de 1993, optó también por mantener al Ministerio Público como Órgano Autónomo del Estado, es decir. independiente de sus decisiones, teniendo por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad

Como sostiene Marcial Rubio..... No es un Contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tienen capacidad de imponer las decisiones ni pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los Magistrados y ejercitando derechos diversos de intervención dentro de los procesos".

Por otro lado, como señala Enrique Bernaldes en su obra. La Constitución de 1993: Análisis Comparado "La Carta de 1993, recoge en líneas generales. la normatividad establecida por su predecesora de 1979 con respecto al Ministerio Público, Sin embargo, se producen algunas diferencias puntuales. La primera gira en torno a la designación del Fiscal de la Nación. El inciso 2) del artículo 251° de la Carta de 1979, establecía que tal cargo era asumido por turnos cada dos años por los Fiscales ante la Corte Suprema los que a su vez eran designados por el

Presidente de la República, con ratificación del Senado. La Constitución vigente ordena que el Fiscal de la Nación sea elegido por la Junta de Fiscales Supremos, y adicionalmente, extiende la duración del cargo a tres años, prorrogables a dos más".

Otra característica destacable que incorpora la Constitución Política de 1993, es la creación del Defensor del Pueblo como otro Organismo Jurídico Autónomo; de esta manera, el Fiscal de la Nación dejaba de asumir la función OMBÜSMAN, lo cual nos parece coherente al haberse puntualizado y especializado las funciones que le compete a cada Organismo, el Ministerio Público por mandato de las Leyes 26623, 26695 y 26738, estuvo sujeto a un Proceso de Reestructuración y Reforma.

2.3. Atribuciones del Ministerio Público

El Ministerio Público forma parte de la estructura del Estado No constituye un nuevo poder con respecto al Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Sus atribuciones y su organización lo distinguen y, al mismo tiempo, lo vinculan, de manera peculiar, a dichos Poderes; en especial, con relación al Poder Judicial. Antes de la dación de la L.O.M.P. e inmediatamente después de su entrada en vigor, se habló que se trataba de un nuevo Poder del Estado. Poder opuesto y competidor de los otros, en realidad y sobre todo, del Poder Judicial.

Desde Un punto de vista formal, sería de considerar la manera como la estructura del Estado ha sido regulada en la Constitución.

En ésta, se nombran expresamente los tres Poderes tradicionales Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Materialmente, debe reconocerse que el poder estatal es uno solo; el mismo que es ejercido por diversos órganos públicos. Desde esta perspectiva, el M. P. -parte de la estructura del Estado- constituye un medio por el que se ejerce ese poder; de la misma manera que lo son los Gobiernos locales, el Jurado Nacional de Elecciones, etc. Equiparlo formalmente a los Poderes del Estado (designados como tales en la Carta fundamental) comporta un mecanismo lingüístico destinado a atribuir al M. P. la significación política que implica tal designación. Esta discusión no es muy útil para determinar las atribuciones del M. P. Resulta preferible que se trate de

precisar sus relaciones con los órganos estatales y, en particular, con los llamados Poderes del Estado.

Este cambio radical en nuestro sistema jurídico, se concreta en su regulación, como organismo estatal autónomo y jerárquicamente organizado, en la Constitución de 1979 (Título IV, Capítulo XI). Innovación, sin precedentes en nuestras anteriores leyes fundamentales. Sus atribuciones son múltiples, variadas y amplias. Estas se manifiestan en los diferentes roles que desempeña el Ministerio Público: defensor del pueblo ante la administración pública; defensor de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley: guardián de la independencia de los órganos judiciales y de la recta administración de justicia; titular de la acción penal; y, **por** último, órgano ilustrativo de los órganos judiciales en los casos señalados en la ley (art 250. Const. 79).

La complejidad y elasticidad del campo de acción del M. P. hace que su regulación normativa sea difícil. La ausencia de antecedentes nacionales, tanto legislativos como doctrinarios, han multiplicado los obstáculos en nuestro país. Si a esto agregamos el hecho que la elaboración de la L.O.M.P. no ha sido realizada dentro de un proceso coordinado y simultáneo de reforma de los Códigos Procesales y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, comprenderemos el origen y la razón de los diversos vacíos y contradicciones de la legislación nacional en esta materia.

Los ajustes indispensables serán hechos, seguramente, al elaborarse los nuevos Códigos de Procedimientos Civiles y Penales y, asimismo, la L.O.P.J., por parte de las Comisiones que han sido designadas últimamente. Los recientes Decretos Legislativos en materia de procedimientos penales, no han hecho sino complicar la situación, a pesar de haber sido redactados estando ya vigente la L.O.M.P.

2.4. Objetivos

El Ministerio Público se ha trazado con los siguientes objetivos

- Ofrecer a la sociedad un servicio fiscal ético y de calidad con transparencia y eficiencia en la función, con suficiente capacidad operativa y adecuado soporte normativo.

- Incrementar las acciones de implementación del nuevo Código Procesal Penal, que entrará en vigencia el 06 de febrero del 2006, que implica asumir nuevas obligaciones y la obtención de mayores recursos que permita incrementar el personal existente, brindar adecuada capacitación, mejorarla infraestructura, bienes y servicios.
- Implementar progresivamente una moderna organización del Instituto de Medicina Legal, acorde con los avances tecnológicos, a fin de satisfacer la necesidad de la población en cuanto a los servicios que presente, así como lograr mayor participación en investigaciones científicas forenses.
- Fortalecer la imagen del Ministerio Público como organismo autónomo, que promueve la acción de la justicia y actúa en defensa de la legalidad, impulsando mecanismos de comunicación y acercamiento con la sociedad.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS CULPOSOS

1. DELITOS CULPOSOS

La investigación sobre delitos culposos o imprudentes data de principios del siglo XX, y eran considerados cuasi delictum, vinculados más al Derecho Civil que al Derecho Penal.

La industrialización, la tecnificación y sus influencias en la vida social, en particular, la manipulación de máquinas y el tráfico automotor, han originado un incremento de las fuentes de riesgos a lo que el ser humano está expuesto, y a su vez han originado el desarrollando de normas de cuidado: es considerable el número de delitos cometidos a títulos de imprudencia Así pues, la problemática de admitir esas actividades y limitar los riesgos es un aspecto que debe discutirse en estos delitos.

1.1. Sistemas causales

La culpa es considerada como un componente psicomental vinculado al autor en el momento de la infracción delictiva Para estas teorías, la culpa y el dolo son simples formas de culpabilidad El reproche se basa no sólo en la ausencia de un resultado querido, sino también en el incumplimiento de los deberes de cuidado Actualmente, estos sistemas han evolucionado a tal punto que ahora se propone el estudio de la culpa en dos fases: en el injusto (tipo y antijuridicidad) analiza la infracción al deber de cuidado objetivo y, en la culpabilidad, comprende la previsibilidad subjetiva del hecho en relación al autor.

1.2. ³⁶ Sistema Finalista

La culpa no es una forma de culpabilidad. Se trata de diferentes estructuras típicas, con diferente explicación de lo injusto y la culpabilidad. Existen discrepancias entre los diferentes autores quienes presentan diversas estructuras en los delitos imprudentes.

También afirman que en los delitos imprudentes existe una acción dirigida finalísticamente a un resultado que se sitúa fuera del tipo.

1.3. Teoría social de la acción.

² En la teoría social con sus diversas variantes, se torna difícil establecer tratamiento unitario para la negligencia. Salvo algunos resquicios de causalismo en autores de esta posición, los demás autores tratan del hecho negligente como forma especial de delito y no como forma de culpabilidad.

1.4. Sistema funcionalista

El sistema funcionalista ha planteado una serie de cambios estructurales en la fórmula finalista de los delitos culposos. Así, reemplazan el concepto de la infracción del deber de cuidado por los criterios de imputación objetiva, en especial, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Roxin, por su parte, señala que el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible".

En relación a la concepción de la culpa o imprudencia, siguiendo los postulados de Liszt, se le identifica como un supuesto de error de tipo. Jakobs expresa que "es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos".

2. TÉCNICA LEGISLATIVA

Se han dado diferentes formas de denominación a estos delitos. Desde el sistema italiano que adopta el término culpa "(culpa), y el sistema alemán, que lo

identifica con la palabra "Fahrlässigkeit" (imprudencia). Frente a esta alternativa terminológica, la doctrina se inclina por asimilar a estas formas delictivas bajo el nombre de delitos imprudentes. El fundamento se orienta a que el término "culpa" se presenta en un lenguaje común derivativo en su raíz latina como equivalente a "infracción", hecho ilícito, "pecado", "culpabilidad" o "responsabilidad por causa moral", y por tanto, es un término que induce a la confusión al no jurista.

Nuestro Código Penal de 1924 usaba frecuentemente el término "negligencia" El Código Penal de 1991 utiliza la denominación "culpa" El uso del término "imprudencia" fue debatido en la Comisión Revisora del Código Penal que, en definitiva, mantuvo las expresiones "delitos y faltas (...) culposas" (art. 11), "infracción (...) culposa" (art. 12 y 14) en el texto del Anteproyecto de Ley del Código Penal Parte General de 2004.

Por otro lado, la diferencia entre el delito doloso y el delito culposo, se determina de acuerdo al modo de individualización de la conducta prohibida. En el doloso, la conducta está precisamente descrita en el tipo, y en el imprudente, el tipo describe la conducta de manera indeterminada, siendo precisada en cada caso particular.

La gran cantidad de conductas culposas, hace imposible describirlas a todas de manera expresa. El delito culposo es siempre un tipo abierto. Requieren de una norma de cuidado que permita identificar el correspondiente deber de cuidado, y con ello, complete o cierre el tipo penal Pero esta indeterminación no es absoluta Corresponde al juez identificar y determinar el contenido de la conducta culposa prohibida

Ejemplo el artículo 111 del Código Penal reprime al agente que por culpa causa la muerte de una persona. Aquí, la ley no indica características en la conducta típica tal como acontece con el asesinato (artículo 108, Código penal) o en el infanticidio (artículo 110. Código penal) dolosos, sino que hace una regulación amplia, abierta que debe ser completada por el juzgador analizando el caso concreto y limitando la amplitud típica de la afectación del deber de cuidado

Esta característica no supone violación alguna al principio de legalidad, esto, en razón de que, resulta imposible describir con certeza las innumerables

formas de conductas que pueden afectar un deber de cuidado y lesionar o crear un peligro contra el bien jurídico protegido, "Es claro que los tipos abiertos corren el riesgo de franquear el paso de mayor poder punitivo que los tipos cerrados, pero en los tipos culposos esta estructura típica es inevitable, porque no existe otra posibilidad legislativa".

El Código Penal de 1991 asume el llamado sistema del "numerus clausus" para identificar a estos delitos (artículo 12, segundo párrafo: "El agente de la infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley"). En este mismo sentido se expresan el Proyecto del Código Penal Parte General del 2004 (art. 12) y la jurisprudencia:

Nuestra legislación penal ha adoptado el sistema de los números clausus para penalizar estas acciones, es decir, es preciso que el propio tipo penal acepte la realización del delito en forma imprudente.

En realidad, en nuestro Código Penal no existen muchos tipos culposos y, no toda figura dolosa tiene su correspondiente versión culposa. Ejemplo: Existe el homicidio doloso (artículo 106, Código penal) y el homicidio culposo (artículo 111, Código penal), pero no existe hurto culposo, ni estafa culposa, pues el Código Penal no las ha previsto expresamente

Además, en nuestra legislación penal no existen figuras culposas independientes. Normalmente, los delitos imprudentes están vinculados a su correspondiente versión dolosa. Ejemplo: la lesión culposa (artículo 124, Código penal) a la lesión dolosa (artículos del 121 al 122, Código penal)

El fundamento de la punibilidad de los delitos culposos o imprudentes se basa en un doble aspecto. El primer aspecto se halla referido al desvalor de la acción, específicamente al crear o incrementar el peligro o riesgo cuando se infringe una norma de cuidado. Aquí se toma en cuenta la cognoscibilidad del riesgo y el debido cuidado que se exige al agente. El segundo aspecto viene a ser el disvalor del resultado, es decir, la puesta en peligro o la lesión que se genera en contra del bien jurídico protegido. Así, los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que estas acciones se prohíben en razón que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción

En relación, a la punibilidad de los delitos imprudentes, el legislador suele considerara que la gravedad de la pena aplicable es de menor grado En estos delitos imprudentes existe "un menor grado de rebelión contra el Ordenamiento jurídico y, en consecuencia un menor grado de reprochabilidad social, por más que los daños cuantitativamente puedan ser mucho más graves que los causados dolosamente" Con el principio de intervención mínima. el legislador, al querer tipificar conductas imprudentes, debe tener presente, en primer lugar, al bien jurídico que resulte afectado, para la selección típica; y, en segundo lugar, identificar el grado de afectación que implican estas conductas, para la sanción penal correspondiente.

3. TIPO DE LO INJUSTO

En la estructura de todo tipo de lo injusto del delito culposos se requiere, en la parte objetiva que la conducta afecte el deber de cuidado (infracción del deber de cuidado) y se verifique un resultado (en los delitos culposos con resultado). En la parte subjetiva, se requiere que el sujeto activo actúe queriendo infringir el deber de cuidado, ya sea con o sin el conocimiento del peligro que éste genera Es necesario precisar, que el sujeto activo no debió de haber querido el resultado (elemento negativo), ya que de ser así nos encontraríamos ante un delito doloso

3.1. Individualización de la conducta prohibida

En estos casos, la voluntad está dirigida a otros fines, sin embargo, el agente origina el resultado porque actuó sin observar el deber de cuidado que las circunstancias exigían.

Ejemplo: quien acostumbra fumar y cierto día arroja el residuo de su cigarrillo en un grifo originando un incendio. Aquí, su finalidad era sólo deshacerse del cigarrillo, pero lo hace sin el cuidado necesario y produce un resultado prohibido a título de incendio culposo (artículo 278, Código penal)

Lo que se juzga es la manera defectuosa de dirigir su conducta hacia el fin propuesto sin observar el mínimo cuidado No se juzga la finalidad en sí misma Desde esta perspectiva, la jurisprudencia se refiere a estos delitos:

"El acto imprudente o culposo es la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar, faltándole el cuidado o diligencia debidos".

El fin no es típico pero resulta imprescindible para apreciar la manera cómo el agente dirigió defectuosamente su conducta. Es diferente a los delitos dolosos en los que el fin y el tipo coinciden.

3.2. Infracción al deber de cuidado

El aspecto fundamental de los delitos imprudentes es la afectación al deber de cuidado (desvalor de la acción). Se constituye como el núcleo del tipo de lo injusto de estos delitos, ya que a través de ellos se busca el cumplimiento del deber de cuidado exigido, para evitar los riesgos que implicarían. Estaremos ante una infracción del deber de cuidado cuando una conducta se realiza, sin el cuidado exigido, y como consecuencia, se traspasa los límites del riesgo permitido, creando un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico que se busca proteger. La jurisprudencia señala algunos casos de infracción del deber de cuidado:

"El inculpaado ha infringido el deber de cuidado, al desplazar su vehículo a una velocidad no razonable para las condiciones del momento y lugar, máxime si como conductor de un vehículo destinado al transporte de colegiales no ha tenido presente que la velocidad máxima para circular en zonas escolares es de treinta kilómetros por hora y no de cuarenta como manifiesta haber estado trasladando su unidad móvil, transgrediendo lo señalado por el artículo cincuentinueve del Reglamento General de Tránsito de la República; que, teniendo en cuenta el considerando precedente se advierte que el inculpaado con su accionar ha contribuido a la realización del evento culposo, ya que si no hubiera infringido su deber de cuidado, este resultado no se hubiera efectuado; por cuanto como consecuencia del riesgo creado por el procesado ha contribuido a que produzca el resultado"

Es obvio que la falta del deber de cuidado se ubica en relación a la vida social en situaciones concretas y surge del ordenamiento jurídico. Por tanto, se trata de un concepto objetivo y normativo. Es un concepto objetivo, en la medida que nos permite saber cuál es el cuidado necesario que se requiere en la

ejecución de la conducta durante la vida de relación social. La manera como se determinará dicho cuidado será a través del criterio del hombre diligente y de la capacidad individual del autor en el caso concreto. Es un concepto normativo, ya que nos permite identificar las conductas riesgosas a través de normas de cuidado. Con ello, nos permite enmarcar lo a n ti normativo, a través de la contradicción de la conducta concreta con las normas de cuidado

El deber de cuidado, consiste en la obligación de prestar el cuidado debido para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, Se constituye como un punto de referencia para la comprobación de las conductas imprudentes Los tipos imprudentes no ofrecen ninguna información y medida del cuidado que es preciso observar.

Jurisprudencia: "Se entiende por deber objetivo de cuidado al conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industrial por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de (...)-. destreza o prudencia".

"El derecho penal no puede obligar a nadie más allá de la observancia del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto al que se encontraba en esta situación. Sólo la lesión del deber de cuidado convierte la acción en acción imprudente",

Este deber de cuidado puede originarse en diversas fuentes, La ausencia de un catalogo específico de deberes de cuidado obliga al juez a remitirse a diversas fuentes que le son útiles como directrices para la identificación del deber de cuidado y su infracción en cada caso concreto, Estas fuentes, muchas veces, pueden ubicarse en dispositivos normativos, en otros casos se tendrá que recurrir a las regla de experiencia.

Jurisprudencia: "Se trata de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no depende necesariamente de la transgresión de leyes o reglamentos".

Dentro de los dispositivos normativos encontramos las diversas normas de carácter extrapenal (normas de índole legal o reglamentaria), vigentes durante la comisión imprudente. Ejemplo: Las normas reglamentarias policiales, de tránsito, laborales sobre accidentes de trabajo, sobre prácticas deportivas, carreras de automóviles, normas internas sobre actividades empresariales que suponen diversos riesgos. Las otras fuentes sin valor normativo están orientadas a que los individuos "actúen excluyendo la creación de riesgos innecesarios o bien, para cuando resulta socialmente imprescindible actuar arriesgadamente, adoptando determinadas cautelas para evitar que la situación de riesgo se convierta en lesión". Ejemplo: las reglas de ejercicio sanitario profesional "lex artis". De todos modos, ninguna norma, reglamento u otras fuentes agotan todas las probables manifestaciones de violación al deber de cuidado. La vida en relación presenta más situaciones de riesgo.

A parte, también pueden encontrarse deberes de preparación e información previa, que se exigen a los sujetos en relación a sus conocimientos o calificaciones profesionales. Ejemplo el principiante debe abstenerse de conducir una máquina cuyo manejo requiera conocimiento, especial, el médico debe informarse sobre las características de un nuevo fármaco antes de prescribirlo, etc.

En la vida urbana, especialmente en el tráfico automotor, se admiten conductas que suponen un peligro previsible. Esto es socialmente útil, pues el hecho de que el tráfico sea peligroso, no fundamenta se le prohíba. Sin embargo, estas actividades peligrosas están reguladas por normas impuestas por la experiencia y la reflexión destinadas a reducir al mínimo el riesgo inevitable.

Aquí tiene importancia el llamado principio de confianza, según el cual al participante en el tránsito le es admisible confiar en que el otro participante se comportará también en forma correcta hasta que circunstancias especiales del caso hagan reconocibles lo contrario. Este principio puede regir más allá del ámbito del tránsito.

Ejemplo: El automovilista que atropella a unos ancianos quienes sorpresivamente cruzaron la calzada encontrándose el semáforo en luz roja. El

médico que elige a una enferma idónea para una operación quirúrgica y durante ésta, la enfermera por inadvertencia le entrega una inyección equivocada que origina la muerte del paciente.

En base a este principio de confianza, generalmente condicionamos nuestra conducta y el cuidado, a las conductas que esperamos de los demás. Ejemplo: quien circula por una carretera, cuidará que su vehículo tenga luces altas. Confía que todos lo harán Sin embargo, impacta contra un vehículo sin luces reglamentarias o estacionado sin señales de peligro, causando la muerte de sus ocupantes

Es evidente que el sujeto que obra descuidadamente no puede invocar el principio de la confianza. Esto no significa una autorización para obrar descuidadamente confiando en el cuidado de los otros.

De todo modo, sea cual fuera la fuente, se deberá reforzar el análisis normativo a través de criterios que le permitirá delimitar los deberes de cuidado que hayan sido infringidos Estos criterios no son más que los que conforman el juicio de normatividad que debe realizar el juez ante un caso en concreto tomando como primera referencia la norma de cuidado Estos criterios son objetivos y subjetivos o individuales. A través de estos criterios, se puede definir el deber de cuidado y señalar si han sido infringidos

Para toda precisión del deber de cuidado se parte de un criterio objetivo, en el sentido, de contar con un baremo o medida objetiva, que permitirá al juez analizar la conducta concreta frente a aquella que hubiere ejecutado un "hombre prudente" Para la valoración del deber de cuidado se establecerá la siguiente pregunta: ¿cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto infractor?

Si la actuación del sujeto infractor se encuentra dentro del marco de conducta que hubiese ejecutado el hombre prudente (baremo). el deber de cuidado no ha sido violentado; pero, si al contrario, dicho infractor sobrepasa los límites de este marco, se puede considerar como imprudente su actuación.

Pero, no siempre es posible recurrir sólo a estos conceptos medios ("hombre prudente", "ciudadano promedio", "hombre normal", "buen conductor") que pueden resultar imprecisos, para determinados casos. En la jurisprudencia podemos encontrar este criterio:

"Se trata de un deber de cuidado, en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano promedio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente, por lo tanto, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente"

Este concepto de deber de cuidado no puede ser determinado sólo por criterios generales, sino requiere además ser precisado según la actuación y capacidad del autor individual.

Ejemplo: Cuando se conduce un vehículo, se practica operación quirúrgica, etc., en cada caso corresponde un específico deber de cuidado tanto para el conductor como para el médico

En este sentido, saber cuál era el cuidado exigible dependerá de una meticulosa consideración de las circunstancias en relación al autor. Es necesario tener en consideración las características específicas del agente, sus calificaciones profesionales (médico, piloto, etc.) su capacidad individual, en relación a su situación jurídica y social. Todo esto permitirá valorar su personal capacidad de previsión y de control de los riesgos posibles

Jurisprudencia "La actitud asumida por el procesado Pedro B Z, fue evidentemente negligente e imprudente, ya que no se preocupó de adoptar las providencias que requería el estado de salud de la agraviada, limitándose a administrarle dosis diarias y repetidas de algunos fármacos, que provocaron la acumulación de líquido a nivel pulmonar con el consiguiente daño de la permeabilidad alveolar; que, en efecto, en esta esclarecida diligencia quedó debidamente establecido que pudo evitarse el edema pulmonar agudo (causa del fallecimiento), si se hubiese iniciado el tratamiento, sobre todo la administración de sedantes, teniéndose en cuenta otros factores importantes, cuales son: la talla,

el peso, el estudio cardiológico y el estado general de la paciente, cuyos datos no figuran en la Historia Clínica".

Con la elaboración del elemento infracción del deber de cuidado se distinguen dos deberes exigibles al individuo: el deber de cuidado interno y el externo

El deber de cuidado interno, se refiere a la advertencia del ciudadano que debe tener ante la creación o presencia de peligros contra el bien jurídico, resultado de su conducta "Consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales se realiza una acción y en el cálculo del curso que seguirá y de las eventuales modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca de cómo puede evolucionar el peligro advertido y cuales sean sus efectos" Este deber tiene como presupuestos a la previsibilidad objetiva y el especial conocimiento del autor concreto

El deber de cuidado externo, consiste en la obligación de comportarse conforme a la norma de cuidado con el objeto de evitar la producción del resultado típico. Este deber se manifiesta de la siguiente manera:

- Deber de omitir acciones peligrosas.- se trata de evitar acciones que en sí mismas están prohibidas Incumplen este deber tanto los que afrontan una acción peligrosa sin ninguna preparación (Ejemplo: la conducción de un automóvil, en plena vía pública, por parte de un aprendiz), como aquellos que estando capacitados, sin embargo dada las circunstancias su preparación no alcanza para afrontar el peligro (Ejemplo: la conducción de un automóvil, en plena vía pública, por parte del chofer en estado de ebriedad)
- Deber de precauciones e información previas - se exige antes de la ejecución de cualquier tipo de acciones peligrosas Ejemplo: la verificación del estado técnico de un avión antes de que éste enrumbe vuelo; el mantenimiento permanente de las máquinas industriales; el estudio preliminar del historial médico y los riesgos quirúrgicos, antes de la operación.

Jurisprudencia: "La violación del deber objetivo de cuidado, se pone de manifiesto en la conducta del chofer del vehículo al no haberse detenido el tiempo

suficiente para que las agraviadas bajen del vehículo y al cerrar la puerta y reemprender la marcha inmediatamente; no siendo válido el argumento dado como descargo de tener la puerta malograda, puesto que la negligencia radica precisamente en ello, toda vez que es deber del conductor circular con el vehículo en perfecto estado técnico, más aún si se trata de uno destinado al transporte público".

- Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas- Cuando el individuo se encuentre ante situaciones riesgosas, aunque socialmente necesarias (riesgo permitido); se le exige que actúe prudentemente, he incrementa el cuidado para evitar sobrepasar el riesgo tolerable

Por otro lado, en la práctica judicial se suele usar los términos "negligencia", "imprudencia" e "impericia", que son tomados como ejemplos de la violación al deber de cuidado. Así, la imprudencia sería un exceso en el actuar, la negligencia una falta en el actuar, en el fondo no pueden distinguirse tan claramente. Ejemplo: imprudencia, el policía que entrega su arma cargada a un tercero sin tomar las precauciones que le obliga su profesión. Negligencia: mantener las puertas abiertas de un microbús de transporte público de pasajeros. Impericia: el enfermo que provoca embolia gaseosa (paso del aire a la sangre) durante una transfusión de sangre debido a su desatención.

3.3. Resultado típico

No cualquier conducta que viole un deber de cuidado es un delito imprudente. Se requiere además un resultado típico previsto en nuestro Código Penal (desvalor de resultado).

Ejemplo: El automovilista que conduce el vehículo contra el sentido del tránsito (infracción al deber de cuidado) será imputado penalmente, sólo si origina un resultado típico (muerte o lesión de un peatón, artículo 111 ó 124, código penal).

Es importante observar el resultado en los delitos imprudentes de resultado pues se presenta como su límite típico. Se exige un resultado típico previsto en el

Código Penal (muerte de una persona, artículo 111; lesión, artículo **124**). Así pues, el resultado integra el tipo. No es una condición objetiva de punibilidad como piensan algunos. El resultado se constituye como un punto referencial fundamental para poder caracterizar debidamente el debido cuidado en el caso concreto, como producto de la confluencia, en el tipo de injusto culposo, de los desvalores de acción y resultado, con ello, se deniega los planteamientos, según los cuales, el resultado es identificado como un componente del azar, ubicable como condición objetiva de la punibilidad

Encontrándose dentro del tipo, su función es conceder relevancia jurídica - penal a la infracción de la norma de cuidado. La razón de exigir el resultado de lege ferenda, puede justificarse como una garantía de seguridad para los ciudadanos. Esta función limitadora está orientada en un sentido político criminal positivo

Ejemplo: Por más imprudente que haya sido la conducta del médico que intervino en una operación quirúrgica utilizando una nueva técnica en proceso de desarrollo, no podrá ser acusado de delito imprudente si no se origina la muerte ni lesión en el paciente (resultado).

El resultado es importante pues permite diferenciar entre un delito y una falta imprudente. Igualmente, la pena aplicable no será mayor o igual a la establecida para el delito doloso. Asimismo, permite agravar la pena en los casos de resultado en función a negligencia profesional u otra (art. 124, cuarto párrafo, Código penal). Incluso permite diferenciar entre un delito imprudente de lesión y uno de peligro.

3.4. Imputación objetiva.

En relación a la causalidad, creemos que es suficiente con la teoría de la equivalencia de las condiciones

Además de la relación de causalidad, se requiere de la imputación objetiva, es decir, que la infracción del deber de cuidado debe haber traspasado los límites del riesgo permitido, y dicho riesgo jurídicamente desaprobado debe encontrarse

dentro de los alcances que la norma de cuidado quería evitar. Como consecuencia, es necesario precisar lo siguiente:

El resultado se ha generado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Este riesgo debe de provenir de la acción imprudente del autor, es decir, de la infracción del deber de cuidado que le era exigible.

Jurisprudencias:

"Tanto la materialización del delito como la responsabilidad penal del procesado se encuentran debidamente acreditadas, pues además de la verificación del nexo causal existente, se tiene que el resultado le es imputable objetivamente, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado, circunstancia que objetiviza la infracción del deber del cuidado incurrida por el acusado, lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido materializado en el resultado"

"Se ha acreditado que el nexo causal que produjo el fallecimiento del agraviado fue el atropellamiento de que fue víctima por parte del vehículo que conducía el sentenciado, también se le puede imputar objetivamente tal resultado a este procesado, pues, el deber objetivo de cuidado que se le reprocha haber inobservado es el hecho precisamente de manejar en estado de ebriedad, así como el conducir a excesiva velocidad en una zona no adecuada, faltando al cumplimiento de las reglas de Tránsito que por el hecho de estar al mando de un vehículo motorizado se le exige que observe".

"No puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencias y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente

relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima".

Así, también la jurisprudencia nacional establece la necesidad de identificación individual del sujeto que ejecutó la acción imprudente:

Para saber quién debe responder del resultado producido, no sólo se debe establecer la simple conexión causal, sino, que es preciso, además saber quien actuaba diligentemente y quien no"

Lo esencial del tipo de lo injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción; o sea, para saber quién debe responder del resultado producido, no basta con establecer la simple conexión causal, sino que es preciso, además, saber quién actuaba diligentemente y quién no"

La exigencia del riesgo típico es consecuencia de la infracción de la norma de cuidado, es decir con la infracción de la norma de cuidado se está creando el riesgo jurídicamente desaprobado. Lo que importa aquí es que el resultado sea imputable al sujeto por el riesgo derivado de la infracción de la norma de cuidado. Así pues, se negará la imputación objetiva del resultado si se ha producido por causas ajenas a la conducta imprudente del autor.

Jurisprudencia: "El tipo objetivo culposo exige, básicamente, la realización de una conducta que origine un riesgo típicamente relevante y que el riesgo creado, no permitido, sea el resultado de la inobservancia del deber de cuidado (momento del desvalor de la conducta, el cual resulta agravado si lo que se infringe son reglas técnicas de profesión). Generando la profesión del médico una obligación de medios, es necesario determinar, tratándose de delitos culposos, si se aplicó negligentemente su ciencia con vista a la obtención del resultado".

En algunos casos la jurisprudencia nacional niega la imputación cuando el riesgo jurídicamente desaprobado fue originado por la propia conducta de la víctima:

"Si el procesado conducía su vehículo a una velocidad prudencial y sin infraccionar las reglas de tránsito vehicular, no cabe imputarle una falta de deber

de cuidado, más aun si el accidente que motivó la muerte del agraviado ocurrió cuando éste ingresó de modo imprudente a la calzada por un lugar no autorizado, luego de saltar una baranda metálica que divide el corredor vial y sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendentes a salvaguardar su integridad física"

"A pesar que existe nexo entre la violación del deber de cuidado y el resultado típico producido, si la víctima, por su propia imprudencia dio lugar al evento que originara las lesiones, procede la absolución de la acusación fiscal por dicho delito".

"Al determinarse que el factor predominante del accidente de tránsito que originó la muerte del agraviado habría sido su propia imprudencia al intentar cruzar la vía en estado etílico, a lo que se agrega la deficiente iluminación de la zona, existe duda para determinar si el accionar del procesado fue negligente y contribuyó o incrementó el riesgo de la conducta imprudente del occiso".

"No es imputable el delito culposo al maquinista, cuando el accidente ferroviario se produjo por la imprudencia del agraviado que cruzó distraído la vía férrea sin percatarse de la presencia de la locomotora".

4. TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

Los delitos imprudentes sólo se reprimen cuando están consumados. Los supuestos de tentativa en estos delitos son inimaginables. Los delitos imprudentes carecen de una decisión delictiva que vaya más allá del resultado objetivo, elemento esencial de toda tentativa. En estos delitos, no existe un plan de acción, por lo tanto, no es posible distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos. Igualmente, el cuidado objetivo no se puede descomponer como la intención en los delitos dolosos.

Se dice que la tentativa en los delitos culposos se presenta cuando el agente infringe el deber de cuidado (desvalor de la acción) pero no alcanza a producir el resultado. Sin embargo, esta conducta es impune. Admitir la tentativa sería crear analógicamente un delito de peligro contra la vida culposo. Esta creación está prohibida.

Situación diferente se presenta en aquellos tipos que son combinación de un delito doloso y otro culposo (llamada preterintención). En ellos la tentativa es posible en relación a la conducta dolosa básica siempre que esté presente el resultado culposo. Ejemplo: Pedro desea lesionar gravemente a Juan pero debido a la intervención de un tercero sólo logra lesionarlo levemente, Juan era hemofílico (situación conocida por Pedro) y muere. A nuestro juicio la tipicidad de la conducta no se ubica en la lesión leve seguida de muerte (artículo 122. Código penal) sino como tentativa en el delito de lesión grave seguida de muerte previsible (artículo 121, Código penal).

5. AMPLIACIONES DEL TIPO: PARTICIPACIÓN

En los delitos culposos es inaplicable el criterio del dominio del hecho propio de los delitos dolosos, pues este es sólo explicable en relación a la dirección final que imprime el autor.

En estos delitos, autor "es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico".

En los delitos culposos no hay participación. Cualquier contribución causal culposa para el resultado representa autoría

Ejemplo: el que reúne leña para la fogata y otro enciende el fuego. originando un incendio. En este supuesto, los dos sujetos son autores del delito de incendio culposo (artículo 278, Código penal), pues cada uno violó de manera personal e incommunicable el deber objetivo de cuidado impuesto por las circunstancias y originaron el resultado.

No se acepta la autoría mediata. En estos delitos siempre encontramos "o autoría directa o formas heterólogas de autoría colateral". Tampoco la coautoría.

En cuanto a la instigación (artículo 24, código penal: "el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible...") y complicidad (artículo 25. código penal: "el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado...") éstas siempre son dolosas.

5 ANTIJURIDICIDAD

En los delitos culposos también se admiten causales de justificación. La razón de reconocer esta posibilidad de justificación se basa en que la impunidad de una realización típica no dolosa sólo se puede explicar en algunos casos bajo el presupuesto de una situación de justificación y por tanto no se puede interpretar como exclusión del tipo.

Es relevante el aspecto normativo de dichas causales, la defensa racional en la legítima defensa, la proporcionalidad en el estado de necesidad. Por ello es importante observar la actuación del sujeto en relación a lo exigido (deber de cuidado) En los delitos imprudentes, la justificación no requiere elemento subjetivo porque el desvalor de la acción no depende de la dirección de la voluntad (como en el delito doloso) sino de la infracción al deber de cuidado

Nuestro Código Penal contiene una relación de causas de justificación que no sólo se pueden aplicar en casos intencionales, sino también culposos.

No existe prohibición expresa. Es evidente, que se trata de hipótesis excepcionales que no ocurren frecuentemente, quizá por ello, nuestra jurisprudencia casi no las ha tratado

Pero aún nuestra afirmación, no todas las causales de justificación son aplicables "Ello debe negarse, en todo caso, en los casos en los que el ordenamiento jurídico aprueba una acción en sí objetivamente incorrecta en atención a la finalidad que con ella se persigue pues aquí debe exigirse, por lo menos, un examen cuidadoso por parte del autor, de manera que la actuación descuidada no puede, por principio, estar justificada".

5.1. Legítima defensa

Deben presentarse los tres requisitos: agresión ilegítima, defensa racional y falta de provocación suficiente. Aquí, la defensa es culposa y tendrá sentido en la medida que conforme a la situación objetiva, también hubiera resultado justificada defensa intencional.

Ejemplo: El Individuo que reacciona con un palo de escoba ante la agresión de un tercero quien lo agrede intencionalmente con un arma blanca, pero no se percata que el palo tiene un clavo oxidado causando la muerte por tétano al agresor.

La agresión ilegítima puede también ser culposa y en todo caso, lo que importa es la manera cómo reacciona el sujeto en relación al deber de cuidado que se le exige. Ejemplo: en un parque zonal un padre cuida a su menor hijo, de pronto advierte que un joven circula en una bicicleta en forma tan descuidada que con seguridad atropellará a su hijo, reacciona y logra desviar el timón tratando de detenerlo o cambiar el rumbo, pero realiza la conducta con tanta fuerza que el joven conductor cae y se lesiona.

5.2. Estado de necesidad

Al igual que en los delitos dolosos, en los imprudentes puede admitirse un estado de necesidad justificante cuando se trata de evitar un mal grave inminente al que el agente es extraño. Es muy importante determinar la proporcionalidad de los bienes en conflicto. Es preciso averiguar si esta conducta descuidada era realmente necesaria, en relación a la previsibilidad del resultado y su situación personal.

Ejemplo: El sujeto herido de bala que está desangrándose, pero aún puede conducir su vehículo rumbo a un hospital, decide introducirse por una vía más cercana al hospital contra el sentido del tránsito, arrollando a un anciano que sufre lesiones.

5.3. Consentimiento

El consentimiento del ofendido puede referirse al tipo de lo injusto o a la antijuridicidad. En el primer supuesto es indispensable que la realización del tipo sea obtenida contra la voluntad del titular del bien jurídico y esto se presenta sólo en los delitos dolosos (acuerdo). En el segundo caso, el consentimiento se verifica como una causa justificante y puede operar en delitos dolosos e imprudentes.

Dos importantes indagaciones se deben efectuar: los límites del consentimiento eficaz y si el consentimiento se debe referir sólo al resultado, a la conducta riesgosa o a ambos.

Algunos reconocen validez al consentimiento si el resultado efectivamente verificado corresponde al resultado consentido.

6. ESTRUCTURAS TÍPICAS COMPUESTAS

6.1. El llamado delito preterintencional

Antiguamente, la pena era determinada por el resultado que objetivamente se producía, sin importar si la conducta era dolosa o imprudente. Era el llamado principio *versari in re illicita*, perteneciente al derecho canónico de la edad media, que establecía que el reo debía de cargar con todas las consecuencias no queridas, causadas por su conducta ilícita.

Actualmente, para esta determinación y en el marco del principio de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva {artículo VII. Título Preliminar}, el sistema de responsabilidad del *versari in re illicita* queda excluido totalmente. Un Derecho Penal de culpabilidad sólo admite responsabilidad penal que se vincule a un hecho cometido con dolo o culpa.

El delito preterintencional es un supuesto de "tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelve por concurso ideal, o bien que, fuera de esta tipificación compleja, la conducta culposa sea atípica".

La preterintención es sólo una de las figuras compuestas en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Ejemplo: tipificación simultánea dolosa y culposa (homicidio preterintencional, artículo 121, último párrafo, artículo 122, último párrafo, código penal).

Para precisarla es necesario distinguir dos circunstancias:

- * ² Cuando junto a un comportamiento doloso concurre un resultado ulterior que hubiese podido preverse y evitarse, puede afirmarse que ese resultado ha sido

culposamente provocado. Así estamos ante un mal pretendido proveniente de su actuación dolosa, y otro mal que es más grave, pero no ha sido pretendido, proveniente de su actuación imprudente. Tomando en cuenta su ubicación típica, podemos distinguir una preterintencionalidad homogénea y una preterintencionalidad heterogénea. La primera se presenta cuando el mal pretendido (delito doloso) y el más grave producido (delito imprudente) pertenecen al mismo tipo. La segunda se produce cuando el delito pretendido (delito doloso) y el producido (delito imprudente) pertenecen a tipos distintos, es decir, cuando el resultado perseguido y el causado, subsumibles en distintos tipos, afectan a bienes jurídicos distintos, pero estos están íntimamente relacionados en el caso concreto.

Estas situaciones constituyen concursos entre delitos dolosos, en el nivel de ejecución en que hayan quedado, y delitos imprudentes. Ejemplo: el que para perpetrar un robo inflige lesiones a una persona y el agraviado fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el sujeto hubiere podido prever este resultado. Por ello, la solución de concurso de delitos, resulta más adecuada que la formación de tipos penales que contengan delitos preterintencionales.

- Si la consecuencia ulterior fuera imprevisible tendrá que ser considerada fortuita; y, por ende, no originará responsabilidad penal. Ejemplo: el sujeto que lesionó levemente a un hemofílico sin conocer su condición, y le causó la muerte que no quiso causar ni pudo prever, será sancionado sólo con la que corresponda a la lesión leve que quiso inferir (artículo 122, Código penal).

6.2. Delitos cualificados por el resultado

Se pretende hablar de delitos cualificados por el resultado como formas de agravación de responsabilidad penal, basados en la pura causación de un resultado más grave sin importar que este se haya originado en dolo o culpa. Este parece ser el caso de los artículos 189, último párrafo del Código Penal (robo seguido de lesión grave), artículo 339 (actos hostiles seguidos de guerra), etc.

En un Derecho Penal basado en el principio de culpabilidad (artículo VII, Título Preliminar, Código penal) como el nuestro, no puede subsistir responsabilidad que no se vincule a una conducta cometida dolosa o imprudentemente. Los delitos cualificados por el resultado son inconstitucionales pues además violan el principio de reserva (artículo 2, numeral 24, inciso a; constitución política) A nadie podemos prohibir causar un resultado que no podrá prever y por ende, nunca saber cuándo su conducta está prohibida

Creemos que los pocos casos de los llamados delitos cualificados por el resultado deben ser tratados como las llamadas fórmulas preterintencionales y recurrir a sus principios.

Lo recomendable es suprimir toda referencia a delitos cualificados por el resultado y reducir la cantidad de las llamadas figuras preterintencionales, acudiendo a la solución del concurso ideal

CAPITULO IV BASE DOCTRINARIA

1. PROCESO

El término proceso implica una conceptualización, una categoría abstracta²³, mientras que procedimiento apunta hacia los mecanismos rituales, hacia las maneras de actuación establecidas para las diversas situaciones previstas

Esta es la idea que expone Clariá Olmedo, para quien la noción de proceso aparece como de índole teórica, de carácter sistemático, mientras que la de procedimiento presenta contenidos mayormente prácticos, pudiendo entendiéndose como sinónimo de rito, trámite o modos prescriptos de actuación²⁴.

Esto puede entenderse como una caracterización general aplicable con prescindencia de la materia sustantiva de que se trate y de las diferentes regulaciones particulares que disciplinen la cuestión. En este aspecto, no puede discutirse que la dirección seguida por los estudios que han abogado por la construcción de una teoría general del proceso ha efectuado aportes relevantes, destacando la idea de dinamismo inherente al término e, igualmente, desentrañado nociones genéricas que hacen a toda configuración realizativa.

En este sentido, es un dato de realidad (acentuado por el mismo sentido etimológico de la palabra) que lo propio de lo procesal se encuentra en el hecho de un suceder, de un acontecer, de un desenvolvimiento o secuencia que, desde un inicio, recorre pasos prefigurados hasta arribar a una resolución conclusiva⁴ que pone fin a la serie, entendiendo por tal "el conjunto de elementos relacionados entre sí y que se suceden unos a otros". Pero tal sucesión no se efectúa de un modo arbitrario, sino que, por el contrario, responde a pautas determinadas y a un orden establecido, dentro del cual cada momento tiene un lugar y relaciones fijas con los restantes elementos. Por eso podemos hablar de una

²³ CLARIA OLMEDO. Jorge A. . *Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires. 1982

²⁴ CLARIA OLMEDO. *Tratado.*, cit., t. 1, p. 386.

2 secuencia dentro de una estructura, idea que encuentra corroboración empírica sencilla mediante la simple operación de considerar cualquier digesto procesal y advertir que el conjunto de sus disposiciones disciplinan las diversas alternativas previstas para los modos de actuación, los que, a su vez, al funcionar en la realidad, concretan el suceder de los diversos momentos prefijados

3 La noción de proceso es la de un medio o instrumento necesario para la actuación del ordenamiento jurídico²⁵

Es sabido que la palabra "proceso", como tantas otras de uso jurídico, deriva del término latino processus cuya idea es la de progresión, secuencia ordenada de actos, avance desde un principio hacia un fin. El empleo del término con el sentido apuntado se encuentra en el habla común y es también usado en diversas disciplinas científicas, pero en el campo del Derecho se relaciona íntimamente con la manifestación del poder jurisdiccional. En tal perspectiva, debe entenderse como el desenvolvimiento de determinados actos, llevados a cabo en momentos, tiempo y requisitos determinados, mediante los cuales órganos estatales predispuestos a ello, declaran y realizan las disposiciones de las normas sustantivas en relación al caso singular o controversia suscitada.

Así el proceso aparece como un camino a recorrer hacia el fin de la sentencia. Dentro de este terreno se patentiza la unión o vinculación de la generalidad abstracta de la norma sustantiva (regulación de supuestos y consecuencias de la vida de relación) con el suceso histórico, es decir, el plano o nivel de deber ser con el ser.

Puede entenderse que a través del proceso se logra una particularidad (la norma aplicada al caso) que es una síntesis de la generalidad (norma sustantiva) con la singularidad.

4 La peculiaridad de lo jurídico cobra así toda su dimensión, ya que se manifiesta como una autorrealización que va desarrollándose hasta la determinación final que establece el sentido de la prescripción y las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

La mayor parte de la doctrina ha destacado con acierto la nota de dinamismo inherente al fenómeno procesal que, como ya dijimos, aparece como una secuencia ordenada, establecida por un conjunto de normas que disciplinan esos actos⁸ Del mismo modo, se ha relacionado de modo estrecho al fenómeno procesal con la función jurisdiccional o potestad de administrar justicia que se manifiesta a través de la sentencia, la que a su vez se dicta como consecuencia y en relación a la tramitación procesal, puesta en marcha mediante la acción.

Sobre la base de lo señalado podemos concluir que, en general, el proceso es el fenómeno jurídico mediante el cual, sujetos habilitados para ello, determinan la aplicación del Derecho sustantivo en situaciones concretas en las cuales tal normatividad se ha postulado controvertida o inobservada, recurriendo a procedimientos de acreditación y alegación con miras a la decisión que, de modo vinculante, dictará el órgano jurisdiccional. Se trata de un sistema legalmente establecido que a través de los órganos judiciales y con la intervención de sujetos habilitados u obligados, estructura una secuencia de actos que se desarrollan ordenadamente hacia la obtención del pronunciamiento jurisdiccional que determina coactivamente la aplicación al caso de la normatividad sustantiva pertinente

1.1. La función del proceso

Cabe interrogarnos sobre las razones que explican la existencia de este particular fenómeno social que denominamos proceso.

Desde el punto de vista de su inserción dentro del ordenamiento jurídico, desempeña el importante y fundamental papel de vinculación entre lo general y lo singular al que nos referimos en el punto precedente. Al respecto, es sabido que, por lo común, las disposiciones sustantivas se cumplen de modo espontáneo dentro de la vida social: el inquilino paga el precio del alquiler y el locador otorga el uso de la cosa locada; las empresas de transporte llevan a sus pasajeros al destino previsto y el producto que adquirimos en el supermercado nos es entregado, igualmente, afortunadamente, en la gran mayoría de los casos los individuos no se matan los unos a los otros, ni se violan, injurian o estafan. Pero cuando en esa realidad cotidiana ocurre que se postula que ha habido un

apartamiento real de lo debido y alguien sostiene que el deudor no ha pagado o que el pago no corresponde porque, a su vez, no se ha cumplido con las disposiciones contractuales, o que lo decidido en una asamblea societaria es nulo por graves defectos en su convocatoria, o que alguien ha abusado perjudicialmente de la buena fe mediante un ardid, o el funcionario ha incumplido dolosamente con sus deberes públicos, se presenta de manera objetiva una situación de conflicto que puede enfocarse tanto respecto de los directamente involucrados entre sí, como de éstos respecto de los mandatos normativos. Por supuesto que en algunas situaciones (ámbito de disponibilidad) el conflicto puede superarse o solucionarse de manera directa entre los interesados, pero cuando tal cosa no acontece o bien el problema necesariamente (indisponibilidad) debe ser resuelto por la autoridad oficial, se recurre al proceso judicial.

Dado que por definición las normas pueden ser violadas y que con frecuencia la generalidad de su sentido prescriptivo necesita de una interpretación dentro de la cual se abarque la pertinencia a la situación táctica, es preciso contar con un mecanismo que lleve a la determinación de lo que corresponda, poniendo fin a la situación de incertidumbre respecto de las consecuencias que derivan de los hechos motivadores.

Esta exigencia de seguridad que, por otra parte, tiende a excluir los riesgos de arbitrariedad inherente a toda reacción inmediata o los desbordes y peligros de la justicia por mano propia, ha sido debidamente puesta de relieve por la doctrina, la que igualmente ha destacado que la función jurisdiccional es una de las más relevantes del Estado y la que aparece desde tiempos primitivos en toda organización social con un relativo grado de estabilidad y organización.

En este sentido, es también conveniente relacionar la actividad procesal, la institución judicial y la decisión jurisdiccional, especialmente en materia penal, con lo que se conoce como control social formal. En tal aspecto, puede pensarse que mientras la normatividad sustantiva establece pautas de conducta que guían los comportamientos de los individuos y les otorgan la dirección deseable, cuando el comportamiento real aparece como apartado de esa línea, se produce la reacción o respuesta que impone la sanción, cuya más grave manifestación es la punitiva. Pero para determinar la procedencia de la misma, es necesario el recorrido de

mecanismos averiguativos, probatorios y alegatorios que permitan establecer los supuestos fácticos y jurídicos del caso. La decisión y posterior ejecución, hecha con fuerza coactiva por el órgano jurisdiccional, aparece así como expresión del poder estatal que afirma la vigencia de su orden jurídico y somete a los involucrados a las consecuencias previstas.

Si partimos de la idea de que el Derecho en general es una creación social que disciplina de modo formalizado e institucionalizado reglas de convivencia que posibilitan y otorgan previsibilidad en la libertad a la vida en común, regulando los diversos supuestos de las relaciones intersubjetivas, advertiremos sin esfuerzo el sentido instrumental de ese ordenamiento que no es un "algo en si" sino un conjunto contingente, históricamente variable y condicionado por factores de poder que, de modo explícito o implícito, buscando razones legitimantes en la religión, la naturaleza humana, la tradición, la ética, la moral positiva, el bien común, los intereses del Estado, etcétera, promulga y mantiene disposiciones que responden a un determinado modelo social que, en el caso del Estado Democrático de Derecho, se definen en el texto y espíritu constitucional.

Ahora bien: si tal ordenamiento, enfocado de un modo genérico, tiene ese carácter instrumental, la función procesal es, precisamente, la de ser un instrumento del instrumento. Así, la cuestión realizativa quiere su plena dimensión de mecanismo al servicio del cumplimiento y coherencia del orden jurídico, procurando que la validez se convierta en vigencia a través de la mediación procesal.

Los aparatos judiciales son una concreción institucional del poder estatal y clara manifestación de los mecanismos formales de control del Estado sobre sus súbditos

1.2. El proceso penal

Sin embargo, como ya lo consideramos al estudiar lo atinente al Derecho Procesal Penal, es indudable que de la noción genérica de proceso, en gran parte derivada de estudios que se basaron de modo preponderante en el proceso civil, es preciso avanzar hacia lo propio del proceso penal que, sin duda alguna, presenta notas determinantes que exigen atención y que marcan diferencias,

tanto en su caracterización como en su función, todo lo cual requiere de un tratamiento diferenciado, el que básicamente se justifica por el carácter público de la promoción y desarrollo, por la indisponibilidad material, por el predominio averiguativo y por los constreñimientos a que son sometidos los intervinientes. con especial relación al accionado, todo lo cual otorga características diferentes a la cuestión, las que se acentúan tanto por la necesidad de particulares requisitos garantistas como por la función real que los procedimientos cumplen como manifestación del control social formal²⁶.

De igual modo, es sabido que durante considerable tiempo la legislación procesal latinoamericana, de atrasado nivel técnico y de fuertes influencias del colonialismo inquisitivo, distó de adecuarse a la noción teórica de "proceso", y aunque no puede desconocerse que ha habido avances considerables, ciertamente la evolución necesita de un fuerte y mantenido impulso

Una primera aproximación obvia al proceso penal nos permite circunscribirlo como el método establecido y empleado para determinar la responsabilidad de individuos concretos respecto de hechos definidos como infracciones delictivas por la ley sustantiva (principio de legalidad), lo que tiene incidencia directa no sólo respecto de la decisión, sino de la misma promoción, ya que no puede iniciarse una causa penal sino por hechos que, en principio, se ajusten a las descripciones de figuras de la parte especial de los códigos penales.

En un segundo nivel de análisis, puede decirse que es el conjunto de actos que órganos y sujetos determinados llevan a cabo a partir de la noticia de un suceso de apariencia delictiva que provoca la acción como promoción y desarrollo para arribar a una decisión final y vinculante que resuelve sobre la procedencia de una pretensión punitiva, que sólo puede válidamente imponerse como consecuencia del juicio previos debido proceso

Dentro de nuestro ordenamiento de base constitucional, el proceso penal aparece como el método legal y necesario, ajustado a requisitos estrictos, para determinar, a través de la investigación y discusión, si en el caso cabe la imposición de una sanción punitiva. Esto es consecuencia del expreso mandato

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. PPU, Barcelona, 1994. Cap. I.

de la Constitución Nacional, pactos internacionales y constituciones provinciales, que condicionan la imposición de una condena penal al juicio previo; esto es, a un debate en el que la acusación pueda ser contradicha por la defensa, se presenten pruebas y se alegue antes de la decisión tomada por los juzgadores designados de acuerdo con los requerimientos constitucionales (jueces naturales).

1.3. El Proceso Penal en la Historia

Las consideraciones sobre lo que debe ser el proceso no pueden perder de vista la realidad social de este peculiar mecanismo, es decir lo que el proceso penal ha sido y es verdaderamente. Toda consideración sobre el tema debe partir de datos verificables que atiendan principalmente a los modos de funcionamiento de la justicia punitiva.

Como manifestación de poder, la configuración y actuación procesal reflejan el grado de evolución cultural de una sociedad determinada, los valores que la conforman y las zonas de libertad²⁷.

A lo largo de la historia, han sido muchos los enjuiciamientos que sometieron a destacados personajes a los pesados engranajes de aparatos de justicia que muy poco tuvieron que ver con el cumplimiento de las pautas de ese valor. Es conocida una obra que analiza los procesos seguidos a Sócrates, Catilina, Jesús, los templarios, Juan Hus, Juana de Arco, Galilea. Luis XVI, Dreyfus, los acusados del incendio del Reichstag las purgas stalinianas, etcétera²⁸, a los que podríamos agregar las causas contra el librero Dolet, al médico Servet, el filósofo Giordano Bruno y tantos otros cuyos únicos delitos era el de un pensamiento diferente al imperante dentro de sus respectivas épocas,

Pero al lado de estos famosos y destacados, muchos otros anónimos e insignificantes, pobres mujeres desquiciadas acusadas de brujas, alienados a quienes se creía endemoniados, vagabundos imputados de cualquier crimen, moros, judíos, conversos, homosexuales, adúlteros y toda una interminable galería de proscriptos.

²⁷ BETTIOL, Giuseppe, Instituciones de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, trad. de Gutiérrez-Alviz, Bosch, Barcelona, 1977.

²⁸ DEMANDT, Alexander. Los grandes procesos, trad. de E. Gavilán. Crítica, Barcelona, 1993.

A partir del momento en que surge dentro de los países occidentales el monopolio estatal de la función judicial y el consecuente funcionamiento de órganos oficiales predispuestos no sólo para la decisión sobre casos penales, sino también para la investigación de los hechos concernientes al pronunciamiento, el proceso penal adquiere la dimensión de punto central de los métodos punitivos y se acentúan los aspectos más sombríos. Sobre la base de la idea del delito como desobediencia, y de la acción y la pena públicas, se estructura un complejo aparato, crecientemente tecnificado (lo jurídico como un lenguaje y saber específico) y de índole oficial, respaldado por el poder o, más bien, su manifestación privilegiada²⁹.

Hacia el siglo XV el proceso inquisitivo se encontraba ya plenamente desarrollado y vigente en la enorme mayoría de los países europeos, habiendo sustituido casi por completo las formas acusatorias torales altomedievales.

Los procedimientos iniciados de oficio y con un neto carácter autoritario, se orientan a la averiguación de lo oculto o disimulado, a los hechos y a sus motivaciones, procurándose obtener "la verdad real" y no la sostenida por los involucrados, por lo que se potencia todo lo concerniente a la investigación y, consecuentemente, se abandona la discusión, la publicidad, el concepto de partes y se agudiza el predominio y las manifestaciones del poder institucionalizado.

De hecho, el proceso penal deja de ser un método para determinar si corresponde la sanción, para convertirse en un instrumento punitivo, tan gravoso como las mismas penas en que terminaba. La idea de imparcialidad, que conceptualmente se identifica con la de jurisdicción, luce ausente, ya que el juez era en realidad la parte que sostenía la incriminación y que trabajaba para acreditarla, recurriendo a todos los medios para alcanzar esta finalidad predeterminada; el procedimiento era sólo la confirmación ritual de una hipótesis de culpabilidad, por lo que resultaba lógico que se limitase hasta hacerlo desaparecer el derecho de defensa, se desconociese toda idea de garantía y se forzase la confesión como culminación de la averiguación.

²⁹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, El Derecho Penal de la monarquía absoluta. Trens, Madrid, 1992. p. 155.

Resulta evidente que el procedimiento inquisitivo nada tiene que ver con la noción de "proceso", quedando fuera del concepto doctrinario respectivo.

No extraña entonces que, como ya anteriormente lo consideramos, estos procedimientos provocaran en el pensamiento ilustrado de la Modernidad crecientes críticas, cuya culminación supo exponer con acertada síntesis Beccaria. Los grandes cambios políticos producidos a fines del siglo XVIII y en el XIX modificaron en Europa el sistema de enjuiciamiento, lo que se concretó principalmente en la estructuración de garantías para el imputado y en el establecimiento de una instancia de debate partitivo, al igual que las grandes modificaciones en la definición de las infracciones punibles y en la aplicación de la pena pública, haciendo surgir el sistema penal contemporáneo.

Pero no puede desconocerse que aun en nuestros días el proceso penal tiene fuertes contenidos punitivos y que de hecho opera en muchas situaciones como un método de control más que de auténtica determinación.

El diseño del denominado "sistema mixto" apareció en lo básico como una solución de compromiso entre las concepciones inquisitiva y acusatoria, generando un tipo de proceso que presenta la particularidad de su desarrollo en etapas diferenciadas.

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

El Derecho Penal contemporáneo no sólo reposa en el conjunto de normas jurídicas positivas de carácter prescriptivas anticipadas, que ordenan o prohíben determinadas conductas humanas, que se conminan con una pena o medidas de seguridad. También integran el Derecho represivo principios Jus-filosóficos y Jus-sociológico, que deben conocer los operadores jurídicos y los jurisdiccionales, para aplicarlos conjuntamente en la práctica social y forense de prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, como parte de la política criminal del Estado y del sistema de control social y penal, para neutralizar

la delincuencia común y la criminalidad organizada, que afecta a la paz social, tranquilidad y seguridad pública y la seguridad jurídica del pueblo.

2.1. Los principios operacionales del Derecho Penal

Los principios fundamentales el Derecho Penal se derivan de todo el sistema jurídico del Estado, se infieren de la realidad social criminógena o estos se encuentran positivizados en la ley penal. Se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de control social y penal de la delincuencia; como el objeto de realizar la justicia penal: Dar a cada cual según sus hechos ilícitos y antisociales", dentro de los límites garantistas, democráticos de la pena justa, proporcional al hecho delictivo

2.2. Principio de Humanidad

En el largo proceso de evolución de la sociedad, y del paso de una formación económico-social, a otra (por ejemplo de la comunidad primitiva a la sociedad esclavista, de la feudal a la burguesa y de esta a la socialista). El Derecho penal como superestructura jurídica a seguido los pasos históricos de estos sistemas económicos - sociales y políticos; exhibiendo diversos tipos históricos de penar y formas de represión del delito.

En la comunidad primitiva predominó la Ley de la VENDETTA o venganza: privada, religiosa y pública, con graves excesos o extralimitaciones de parte del ofendido o de sus familiares del agraviado; es la época del predominio total de la pena de muerte, fundada en la ley de la venganza. En albores de la sociedad esclavista y en la primera fase histórica de la sociedad feudal, aparece la forma de penar, fundada en la "Ley del Talió" de la proporcionalidad incipiente, de: vida por vida, "ojo" por "ojo", "diente por diente", "mano por mano", y "pie por pie"; hasta su humanización, que comienza a finales de la sociedad feudal. Se desarrolla en la sociedad burguesa-capitalista y se perfecciona la humanización de las penas en la sociedad socialista.

El principio de humanización de la pena conduce necesariamente a manifestar respecto de la persona humana del procesado y sentenciado y procura

su reducción y rehabilitación social. El principio también reposa en la "Mínima Intervención del Estado", y en el Derecho Penal como "última ratio legis".

"Mínima culpabilidad", necesidad de descriminalizar, ciertos hechos punibles despenalizar los delitos de bagatela y desprisonalizar los establecimientos carcelarios.

2.3. Función del derecho penal democrático

La función del Derecho penal democrático, opera dentro del marco político de un Estado de Derecho burgués o socialista, donde predomina el respeto por el principio de LEGALIDAD, como presupuesto de la justicia penal preestablecida; con la finalidad de proteger a la sociedad de la delincuencia común y de la criminalidad organizada, frente a conductas intolerables; manifiestamente lesivas; por tanto, gravemente perjudiciales para los bienes jurídicos protegidos por la ley; pero respetando los derechos constitucionales y los derechos humanos del sujeto infractor y de la víctima.

Se trata entonces, de un derecho penal preventivo, represor, pero también premia del delito, y utilitario socialmente, como medio de defensa social, de la comunidad y rehabilitador o reeducador del delincuente.

2.4. Principio de control social de la pena necesaria

Desde hace mas de dos siglos se enfatiza que la pena debe ser necesaria para prevenir, combatir, reprimir y conminar los delitos y faltas penales; esto apunta, que el castigo como corrección jurídica no debe tramontar más allá de los fines prefijados de lo que realmente es necesario como CONTROL SOCIAL y PENAL de la delincuencia,

César de Bonesana Marqués de Beccaria, sostenía que: "Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad, la eficacia de la conminación y de control social, fundado en la proporción de las penas con el daño ocasionado a las víctimas".

Este principio de la proporción de las penas en correlación con el quantum y calidad del delito, rechazan los gobiernos dictatoriales y autocráticos de extrema derecha nazi-fascista o nazi-fascistoides, quienes apelan a criterios irracionales, anticientíficos y antitécnicos para justificar la sanción de leyes severísimas como leyes draconianas y talionales, que denominan, 'Leyes de seguridad nacional'.

43

25. Principio garantista

El estado de Derecho, debe asegurar a todos los ciudadanos como garantía constitucional que solo se sancionan penalmente las conductas humanas prohibidas, que se conminan con un pena o medidas de seguridad, por estar tipificadas como delitos o faltas en la ley penal, con anticipación al hecho injusto punible, en observancia y aplicación del principio de legalidad: "NULLUM CRIMEN NULIA POENA SINE LEGE" (art. II T.P. C.P). El principio garantista se sustenta en el Derecho penal democrático y humanista de pena justa proporcional.

2.6. Principio de mínima intervención del Estado

Este principio de "Justa-Penai". también se denomina 'PODER MÍNIMO DEL ESTADO', esto es, la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, en virtud de otro principio garantista y democrático, que hay derecho penal, sólo se debe acudir, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho: sólo se debe apelar al Derecho punitivo como "ULTIMA RATIO LEGIS" y no para solucionar cualquier controversia o conflictos de intereses o litis expensa, cuando existe otras vías jurídicas de solución de los actos ilícitos no punibles; como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, agravios, laborales, constitucionales, etc.,.

Que se resuelven dentro del marco correspondiente; en atención al principio de la MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL ESTADO", cuando hace uso del "Jus imperium" y del "jus puniendi.

2.7. Principio del derecho penal como "ultima ratio legis"

La violencia estatal institucionalizada, se aplica como consecuencia del "jus imperium" y del "jus puniendi". que a su vez reposan en el principio jus-filosófico de "estricta legalidad", sustentada por FERROJOLI y es aquella norma jurídica meta-legal-punitiva, que se somete la validez de las leyes que autoriza la violencia estatal a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías constitucionales y los Derechos humanos, relacionados con las garantías penales, procesal penal, que se afincan en la tipicidad y en principio "NULLA POENA SINE CULPA" y "NULLA POENA SINE JUDICIO", así como de las motivaciones de las resoluciones judiciales en todas las instancias del Poder Judicial (art. 139, párrafo 5 de la Carta Magna).

El principio de la "Última ratio legis" (última razón de la ley) se operativiza en la práctica jurídica y forense, cuando han fracasado los otros sectores del Derecho en la solución de las litis, conflictos de intereses en lucha, cuando no solucionan los derechos conculcados o lesionados. Entonces se pone en movimiento la potestad punitiva del Estado, con todo su arsenal persecutorio, respectivo y conminatorio de las penas, para garantizar la seguridad jurídica, la paz social y la tranquilidad pública.

2.8. Minimización de la violencia estatal

El estado debe recurrir con mínima violencia estatal, para prevenir, combatir y reprimir los delitos y faltas penales, como una de sus principales funciones públicas en mantener el orden, la seguridad jurídica, la tranquilidad y seguridad pública; así como para cumplir y hacer cumplir la ley y el imperio de la justicia, que son sustentos de un Estado de Derecho Constitucional y Democrático, como de la pena justa y proporcional.

La mínima violencia del Estado, rechaza la aplicación de la pena de muerte, que en rezago de épocas pretéritas de la vendetta, del talión y otras formas punitivas crueles y bárbaras, de la retribución penal del salvajismo, que aniquila los fines y objetivos del Derecho penal contemporáneo, que se propone la reeducación y la rehabilitación social del hombre delincuente, mediante la

corrección jurídica de la pena justa proporcional, entre el delito y la lesión del bien jurídico protegido.

2.9. Principio de maximización de la libertad ciudadana

Este principio jurídico significa la menor intromisión del poder estatal y del control penal, en la vida privada y social de la ciudadanía, en la medida que los ciudadanos cumplen con el deber y obligación de observar la ley, los mandatos de autoridad competente y se desenvuelven dentro de los requerimientos de la legalidad nacional y del imperio de la justicia. El Estado sólo recurrirá al uso del poder persecutorio represor y sancionador (JUS PUNIENDI), cuando la lesión atenta contra los bienes jurídicos protegidos por la Ley (principio de lesividad, art IV.T, P. C.P.) y (principio de puesta en peligro o peligrosidad social inminente de gran significación) Si no concurren estos supuestos hipotéticos, la libertad ciudadana con protección constitucional, limita el poder punitivo del Estado, con la vigencia del Derecho penal garantista, democrático y proporcional de la pena justa (art VIII T.P. C.P.)

2.10. Principio de la co-culpabilidad

El art. 45° del C.P. consagra el principio "JUS POENALI" de la "CO-CULPABILIDAD" de la sociedad y del Estado en la comisión del delito, como causa eficiente o condicionador de las causas sociales, materiales y culturales de la conducta criminal de los hombres; por eso, se prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta en el momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las Carencias sociales que hubiere afectado al agente".

En esta forma la sociedad y el Estado, que toleran que impere las desigualdades económicas, las injusticias sociales, políticas y culturales, estarían reconociendo que no brindan iguales posibilidades de superación a todos los hombres, para exigirles un comportamiento con adecuación a la ley el intereses generales colectivas de la comunidad regulados por el Derecho positivo; por tanto, se está aceptando una responsabilidad de la sociedad y del Estado, en lo

que les respecta, en la conducta delictiva de los infractores penales, como "MEA CULPA" conceptúa el art. 45° del C.P. en el reconocimiento oficial del Estado, que la delincuencia se gesta en las condiciones sociales de injusticia que impera en la sociedad. En atención a lo estatuido, disminuye o desaparece la co-culpabilidad en la misma medida que el delincuente ha tenido las oportunidades materiales, sociales y culturales para realizarse como ser humano honrado y comportarse según los mandatos o prohibiciones normativos y las normas culturales de convivencia social que requieren al hombre socialmente útil, además conducta a Derecho y a normas éticas Por "MEA CULPA" que tiene el efecto de enervar o atenuar el derecho de castigar (JUS PUNIENDO que el Estado ejerce en nombre de la sociedad

2.11. Principio de mínima culpabilidad del autor

La persecución del delito y faltas penales, entre otros, son fines y objetivos de la política criminal del Estado, como pretensión punitiva del estado para combatir la criminalidad, para evitar el imperio de la Ley la "VENDETTA" pública o privada o "hacerse justicia por propia mano" Sin embargo, por razones de utilidad pública, por interés social o de necesidad de descongestionar la administración de justicia, de racionalizar la actividad probatoria la admisión de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado, se puede acudir al principio de "Mínima culpabilidad del autor" que sustenta el principio procesal de 'oportunidad', principio que está regulado por el art. 2° C.P.P (D Leg. 638), que comprende dos hipótesis: 1) se puede acudir a la abstención de la potestad del estado, así como de la formalización persecutoria de la denuncia penal por el fiscal provincial en lo penal, 2) y expedirse el auto de sobreseimiento de la denuncia penal, por parte del juez penal, para que no comience el proceso penal o para extinguir la sustanciación procesal.

Opera el principio de "mínima culpabilidad del autor" y de "oportunidad", en atención a los siguientes objetivos: a) para que no se inicie la persecución penal del evento criminoso o b) para poner término al proceso penal, en los siguientes casos hipotéticos:

- 1) En delitos de bagatela, denominados así por dogmática penal alemana, en aquellas infracciones penales de poca monta o en delitos de mínima cuantía y de lesividad de bienes jurídicos protegidos, que no conculcan de modo apreciable el interés jurídico del agraviado, como ocurre en delitos patrimoniales de mínima significación, según la relación víctima -victimario y en delito de lesiones personales que no causan incapacidad relevante al agraviado.
- 2) Debe producirse transacciones entre autor y el sujeto pasivo o agraviado perjudicado, que concluya en satisfacción del agraviado, por el arreglo del principio de oportunidad, que le favorece.
- 3) Ahorro de tiempo y de inversión monetaria del gasto /público/ y racionalización de función de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado; así como de desprisonalización, cuando se trata de penas cortas de privación de libertad y evitar de este modo el aprendizaje de la subcultura carcelaria que distorsiona y pervierte la personalidad moral y espiritual del interno.

2.12. Principio del derecho a ser informado de la incriminación

La imputación punitiva con detención preventiva o con citación en la fase pre-procesal o en la etapa del proceso penal, requieren por mandato constitucional, Que se informe al denunciado o imputado, la pretensión punitiva del Estado (JUS PUNIENDI), sobre los hechos de la incriminación penal para que ejerza su derecho irrestricto de defensa, pero dentro del marco de la Constitución del Estado de los Derechos Humanos y de las leyes y refuerce su derecho de presunción de inocente. El agraviado como justificable o sus representantes legales o apoderados legítimos, también puedan ejercitar su derecho de defensa, de sus intereses lesionados o puestos en peligro; aporten las pruebas pertinentes. a fin de demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del agente comisario, para que no termine en la impunidad el hecho punible, que desprestigia a la Justicia Penal, que pierde credibilidad, respetabilidad y confiabilidad ante la opinión pública y las justiciables, que buscan el servicio o de la justicia, en defensa de sus derechos.

CAPITULO V DERECHO COMPARADO

1. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

La necesidad de un proceso eficaz, justo y tramitado en un plazo razonable representa en la actualidad el principal clamor de la sociedad peruana, especialmente cuando se trata de un proceso penal, toda vez que implica la restricción de uno de los derechos fundamentales de la persona como es el derecho a la libertad consagrado en el artículo 2 numeral 24 de la Constitución Política del Perú y en tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros. En efecto, en un proceso penal el derecho a la libertad es restringido no sólo cuando se dicta un mandato de detención contra el procesado sino también cuando se dispone la comparecencia restringida, en la medida que el inculcado se ve impedido de ejercer varios de sus derechos conexos al derecho a la libertad como el de tránsito y el de libre comunicación.

Así, a decir de Asencio Mellado: *"El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad (...)".*³⁰

En este orden de ideas, la sociedad peruana percibe que la justicia en nuestro país es lenta, ineficaz y que se siguen procesos ritualistas, engorrosos, fundamentalmente escritos que no conllevan a la solución oportuna y justa de sus conflictos dejando en muchos casos una sensación de impunidad y corrupción que incide negativamente en la imagen institucional del Poder Judicial así como de los otros operadores de justicia. Para reflejar esa sensación, es necesario recordar la frase de una conocida obra literaria: *"Pertenezco, pues, a la justicia"*

³⁰CENCIO MELLADO, José María. *'La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú'*. En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DÍAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra. 2005. p.493.

(...). Entonces, ¿para qué puedo quererte? La justicia nada quiere de ti. Te toma cuando vienes y te deja cuando te vas. ³¹

Por lo expuesto, debido a las implicancias y los efectos del proceso penal en los justiciables: imputado - víctima es necesario como urgente un verdadero cambio en el sistema procesal penal que vaya más allá de una simple modificación de normas penales. Este cambio significativo lo representa sin duda el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 y publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2004.

Este nuevo cuerpo normativo marca el inicio del nuevo modelo procesal penal de orientación acusatoria y con ello la transformación del sistema de justicia penal. Asimismo, implica la *uniformidad* de la legislación procesal penal peruana, pues actualmente los procesos penales se tramitan al amparo de tres Códigos Procesales: Código de Procedimientos Penales de 1940, Código Procesal Penal de 1991 y Nuevo Código Procesal Penal D.L. 957³².

Paralelamente, a la dación del Decreto 957 se emitió el Decreto Legislativo N° 958 que regula la implementación y transitoriedad del Nuevo Código Procesal Penal, para el diseño, conducción, coordinación, supervisión y evaluación del proceso de implementación de la reforma procesal penal. El Decreto 958 crea la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, integrada por cinco miembros: un representante del Ministerio de Justicia, quien la preside, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante del Poder Judicial, un representante del Ministerio Público y un representante del Ministerio del Interior. Esta Comisión el 20 de junio de 2005 concluyó la elaboración del Plan de Implementación del Código Procesal Penal, documento que se encuentra publicado en la página web del Ministerio de Justicia.

Posteriormente, el 4 de marzo de este año se publicó en el "Peruano" el calendario oficial de la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, el cual empezó a regir desde el 1 de julio en el distrito judicial de Huaura. Para el próximo año se ha previsto su aplicación en los distritos judiciales de Callao, La Libertad,

³¹ KAFKA, Franz. *El linceo*. Buenos Aires: Editorial Lozada, 1939, p.217.

³² Mediante Ley N° 28481 publicada el 3 de abril de 2005 se estableció la vigencia de los artículos 39-41 del NCPP y mediante Ley N° 28671 publicada el 31 de enero de 2006 se estableció la entrada en vigencia de los artículos 468-471 y el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional" a partir de 1 de febrero de 2006.

Moquegua y Tacna. Finalmente, entrará en vigencia el 2012 en el distrito judicial de Lima, sin embargo en algunas instancias del gobierno se ha planteado adelantar su entrada en vigencia como en la Comisión de Justicia del Congreso.

Por lo expresado líneas arriba, este trabajo pretende luego de analizar algunas de las instituciones reguladas por el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) esbozar ciertos planteamientos en aras de lograr una adecuada interpretación de su contenido.

1.1. El Sistema procesal penal propuesto en el Nuevo Código

1.1.1. El Sistema Inquisitivo

El sistema inquisitivo nació bajo la influencia de la Iglesia Católica e implica que las funciones de acusación y enjuiciamiento se encuentran reunidas en una sola persona, el juez frente al cual el individuo está en posición de inferioridad³³. Las características de este sistema son las siguientes³⁴:

1. *"La iniciación del proceso no depende de un acusador. Rige el brocardo "procedat iudex ex officio".*
2. *El Juez determina subjetiva y objetivamente la acusación.*
3. *La investigación de los hechos y la fijación de las pruebas a practicar las realiza el juez-acusador.*
4. *No existe correlación entre acusación y sentencia. El Juez puede en cualquier momento alterar la acusación.*
5. *No hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerme ante él. Lo normal es la detención".*

El sistema respondió a la concepción absoluta del poder central y al valor que se asignaba a la autoridad.' En el sistema inquisitivo no se dio la importancia debida al derecho de defensa. Es más, la presunción de inocencia se hallaba por debajo de la presunción de culpabilidad, la misma que sólo se desvanecía si el

³³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?* Lima: Justicia Viva, 2004, p.9.

³⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal* Tomo I, Lima: Grijley Segunda Edición, 2003, p.43.

³⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas, segunda edición. 1999. p.32.

³⁶ imputado lograba soportar las torturas que se aplicaban para que admitiera la responsabilidad en el delito.³⁶

Por lo señalado, algunos autores han considerado que los procesos sumarios en el Perú y que constituyen casi el 90% de la carga procesal son procesos predominantemente escritos, reservados en los que el juez por el mérito de las diligencias sumariales, dicta la resolución que corresponda obviando la etapa fundamental del proceso, esto es el juzgamiento. Es por ello, que este tipo de procesos son considerados el claro ejemplo de los procesos tramitados bajo el sistema inquisitivo.

En este sentido, se pronuncia Cubas Villanueva cuando sostiene que en los procesos sumarios no hay etapa de juzgamiento, lo que atenta contra las garantías procesales de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, pues el juez dicta sentencia en mérito de lo actuado, sin necesidad de realizar audiencia.³⁷

Ciertamente, el tema de la oralidad es sumamente importante por la intermediación y contradicción que debe existir en todo proceso penal, pues es el único momento en el que el Juez puede tener contacto personal con el procesado

El NCPP implica terminar con los procesos sumarios, en los que el Juez no tiene mayor contacto con el imputado vulnerándose las garantías procesales señaladas líneas arriba. Se propone un solo sistema bajo el cual tendrán que tramitarse todos los procesos incluso en el artículo 271 se regula la procedencia de la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva.

De esta manera, el adecuado y oportuno empleo de la oralidad determina una directa interrelación humana, que permite un mayor conocimiento recíproco y personal entre quienes intervienen en el juicio oral³⁸

^{1.4} 1.1.2 El Sistema Acusatorio

Este sistema predominó en todo el mundo antiguo, se desarrolló en Grecia y la república romana, y en la Edad Media hasta el siglo XIII. El principio sobre el

³⁶ Ibid., p.33.

³⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *op cit.* up. 14.

³⁸ MIXÁN MAÚS. Florencio, *Juicio Oral* Trujillo: ediciones BLG, 1993, p.57.

¹
cual se sustentaba era el de la preeminencia del individuo y la pasividad del Estado.³⁹

El enjuiciamiento acusatorio se desarrolla asignando y delimitando claramente las funciones de cada sujeto procesal. Así tenemos que el acusador, y sólo él, podía perseguir el delito y ejercer el poder requiriente; el imputado disponía de amplias posibilidades de rebatir la acusación a través del reconocimiento de sus derechos de defensa; y, por último el tribunal, ejercía el poder decisorio.

El acusado era considerado como un sujeto de derechos, y su posición respecto al acusador era de igualdad, desprendiéndose de esta situación principios como el indubio pro reo, y la presunción de inocencia. Asimismo, mientras que la libertad era la regla, la detención era la excepción⁴⁰.

Siendo este sistema más beneficioso para el imputado, toda vez que implica el respeto al debido proceso, es el acogido por nuestra Constitución. Así, como señala San Martín nuestra Carta Magna impone un sistema acusatorio o contradictorio, y la ley debe tener en claro dos puntos esenciales:

*"(1) el Ministerio Público conduce la investigación del delito y es el director jurídico funcional de la Policía y (2) el proceso judicial es indispensable para imponer una pena a una persona, el mismo que debe ser público, y a partir de él rigen imperativamente una serie de principios propios de la judicialización del enjuiciamiento, a decir inmediación, contradicción, oralidad y concentración."*⁴¹

En este sentido, al aplicar el nuevo código habrá que entender que la superación del molde inquisitivo implica mucho más, significa por ejemplo enfrentar el sobre dimensionamiento del proceso escrito, garantizar la vigencia práctica y no formalista de los principios de oralidad, concentración, inmediación entre otros, haciendo que el peso del proceso se ponga en las partes, principalmente el ministerio público y la defensa y donde la función del juez es arbitral y equilibradora del rol asumido por los sujetos procesales⁴².

³⁹ ORÉ GUARDIA, Arsenio, op cit. p.27.

⁴⁰ *Ibíd.*, p.28.

⁴¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio, op cit, p.62.

⁴² MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*, Lima: Jurista Editores, 2005, p. 23.

1.1.3. El Sistema Mixto

El carácter esencial de este sistema, surgido al calor de la revolución francesa, es la ruptura de los sistemas anteriores, es decir, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo acusador

Sus características, señala Joan Verguer Grau⁴³, son:

- 1 "La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de Instrucción y al tribunal conjurado, respectivamente.
2. Excepto para el Tribunal conjurado, rige el principio de la doble instancia.
3. También rige el principio del Tribunal colegiado.
4. La justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado.
5. La prueba se valora libremente.
6. La acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irrevocable.
- 7, El imputado deja de ser objeto de la investigación, y adquiere el status de sujeto de derechos. En ese sentido, el Estado asume la carga de la prueba."⁴⁴

Es importante mencionar que, el sistema procesal penal peruano ha sido considerado por un sector de la doctrina como sistema mixto toda vez que. coexisten en nuestra legislación el modelo inquisitivo y el acusatorio. Sin embargo, como señala Neyra Flores pese a todas las modificaciones el Código de Procedimientos Penales contiene un modelo "inquisitivo reformado".⁴⁵

En efecto, como menciona San Martín el Código de 1940 "privilegió la instrucción y transformó el juicio oral en un mero juicio leído".⁴⁶ Así, hasta antes de la dación del Decreto Legislativo N° 959 publicado el 17 de agosto de 2004 que

⁴³ VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994, pp.38-39.

⁴⁴ ORE GUARDIA, Arsenio, op cit, p.36.

⁴⁵ NEVRA FLORES, José Antonio, 'El Juzgamiento en el Nuevo Proceso Penal', artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano, Miércoles 20 de marzo de 2005.

⁴⁶ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. 'La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas'. En: 'La reforma del proceso penal peruano' Anuario de Derecho Penal 2004. Lima: Fondo Editorial PUCP- Universidad de Friburgo, 2(X>4, p. 36.

¹ introdujo importantes modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940, impulsando la oralidad en las audiencias, se puede sostener que el juicio oral era meramente simbólico

1.1.4. Modelo propuesto en el Nuevo Código Procesal Penal

Los alcances y límites del derecho de penar del Estado, en un tiempo y lugar determinado, responden, necesariamente, a la naturaleza y esencia del sistema político imperante. Si el régimen es autoritario, su sistema penal también lo será; por el contrario, si el sistema político es democrático sus instituciones jurídicas también lo serán o tendrán como meta serlo. En síntesis, la decisión política que defina el sistema, debe optar básicamente por dos alternativas: primar el interés público y fortalecer el poder del Estado en la persecución penal aún negando los derechos del individuo, o en otorgarle al individuo las suficientes garantías para que enfrente a ese poder punitivo, preservando su dignidad de persona en un plano en el que no se vea absolutamente desprotegido frente a las instituciones públicas de la persecución penal.⁴⁷

Así las cosas, el modelo procesal penal propuesto, se caracteriza por afirmar los principios básicos de un proceso penal respetuoso de los derechos humanos y protector de la seguridad ciudadana. Se debe tener en cuenta que, en el proceso penal se enfrentan los intereses colectivos con los individuales, siendo dirimidos estos durante dicho proceso.⁴⁸

En este sentido, el Estado debe proteger al individuo de una persecución injusta y de una privación inadecuada de su libertad. Así, el imputado debe tener ocasión suficiente para defenderse, la meta del derecho procesal penal no es el castigo de una persona, idealmente del culpable, sino la decisión sobre una sospecha.⁴⁹

La estructura del nuevo modelo de proceso penal apunta a constituir un tipo de proceso único para todos los delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal, que se inicie con la actividad preparatoria de investigación bajo la

⁴⁷ MORALES VARGAS, Alberto J. "Nuevo Código de Procedimiento Penal Redefinición y Fines del Proceso penal" En *implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos*, publicado por Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel - www.dplf.org, pp. 48 - 65.

⁴⁸ SCHONBOHM, Horst y LÖSING, Norbert. "El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania". Eji *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*. Buenos Aires: CIEDLA, 1998, p.39

⁴⁹ Ibid., p40.

dirección del fiscal, continúe con la acusación, la audiencia preliminar y el juicio oral.⁵⁰

La idea del proceso único no excluye los procesos consensuales y abreviados, como la suspensión condicional del proceso, la terminación anticipada del mismo, entre otros que podrán tener lugar durante toda la etapa preparatoria, e inclusive antes de que se presente la acusación.⁵¹

En este orden de ideas, la estructura del nuevo proceso penal se edifica sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.⁵²

De esta manera, la investigación penal estará a cargo del fiscal y la decisoria a cargo del juez. Es por ello que, el artículo IV. 3 del Título Preliminar del NCPP señala que los actos que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional⁵³

El carácter no jurisdiccional de la investigación preparatoria es relevante para discernir qué es materia de valoración, pues los elementos de convicción que se colecten en dicha fase no servirán para fundar una sentencia, dado que los actos de prueba se producen en el juicio, salvo las excepciones señaladas en el artículo 393.1.⁵⁴

Así, se reestructura el proceso penal estableciendo un procedimiento común u ordinario, que se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas, bajo la vigencia de las garantías de la oralidad, inmediación y publicidad.

En ese sentido, el nuevo sistema presenta como principales características las siguientes:

- La separación de funciones de investigación y de juzgamiento
- El desarrollo del proceso conforme a los principios de contradicción e igualdad

⁵⁰ ORE GUARDIA, Arsenio "Panorama del proceso penal peruano", Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano. Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004

⁵¹ Ibid

⁵² CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op cit, p.25.

⁵³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Lima. Grijley, 2004, p.

13.

⁵⁴ Ibid.

- La garantía de oralidad como la esencia del juzgamiento.
- La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso
- El proceso penal se divide en 3 fases: Investigación Preparatoria, Fase Intermedia y Juzgamiento.⁵⁵

Con la adopción del sistema procesal acusatorio y la estructura del proceso penal común, tanto el Ministerio Público cuanto los órganos jurisdiccionales deberán asumir plenamente las competencias exclusivas y excluyentes que la Constitución les asigna. El nuevo Código contiene una amplia regulación de las garantías procesales. Se regula integral y sistemáticamente en un solo cuerpo normativo la actividad procesal, el desarrollo de la actividad probatoria, las medidas de coerción real y personal.⁵⁶

Es del caso mencionar que, el nuevo Código regula también procedimientos especiales como el aplicable al principio de oportunidad (artículo 2), juzgamiento de acusado confeso (artículo 372.2), proceso inmediato (artículo 446), proceso de terminación anticipada (artículo 468) y proceso de colaboración eficaz (artículo 472).

1.2. El Principio de Oportunidad y la terminación anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal

1.2.1. Definición del Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad es una excepción al carácter obligatorio de la acción penal, pues autoriza al Ministerio Público y al Juez Penal, a disponer de la acción penal en los casos expresamente contemplados en la Ley Procesal.⁵⁷

En este sentido, es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, o en caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por ley.⁵⁸

⁵⁵ Conforme al Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente a la fecha el proceso penal se divide en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juzgamiento (público y oral).

⁵⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op cit, p 27

⁵⁷ BURGOS MARINOS, Víctor. *La implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Ciudad de Tijuana y sus Retos*. Publicado en el Anuario de Derecho Penal- Coordinador Dr. José Hurtado Pozo-Universidad de Friburgo en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/aruculos.hLm>. pp. 1-19.

⁵⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 133.

⁵⁹ Representa un mecanismo de simplificación del procedimiento, es decir una opción para la obtención de una solución para el caso a través de procedimientos menos complejos que el procedimiento común.⁵⁹ Con la introducción de este principio se deben evitar, por ejemplo numerosos procesos por delitos de bagatela, que irremediablemente tienen que ser procesados distrayendo recursos y tiempo que son necesarios para tramitar casos más importantes.

Así, respecto al principio de oportunidad, en doctrina se distinguen dos sistemas de regulación: el de oportunidad libre y el de oportunidad reglado:

- a. **Sistema de oportunidad libre:** Este sistema es seguido por los países de tradición jurídica anglosajona, principalmente el modelo norteamericano. La característica fundamental de este sistema consiste en que el Fiscal puede ejercer la acción penal o determinar el contenido de la acusación con amplios márgenes de discrecionalidad, lo que sí resulta contrario al principio de legalidad, debido a que no se sujeta a ninguna regla persistente.
- b. **Sistema de oportunidad reglado:** El sistema de oportunidad reglado rige en países europeos como Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España entre otros. Este sistema es el que sigue el Nuevo Código Procesal Penal. La característica fundamental de este sistema está en que la ley prevé los supuestos bajo los cuales el Fiscal puede no ejercitar la acción penal, es decir que esta oportunidad se convierte en plenamente legal pues es la propia ley la que la autoriza y fija sus límites.

En efecto, el principio de oportunidad reglado a decir de Roxin es aquel mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar, entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito.⁶⁰

1.2.2. Principio de oportunidad y efectos en el Nuevo Código Procesal Penal

En el marco de un nuevo sistema penal que propicie la sustanciación de procesos conforme a los principios de celeridad y eficacia procesal, resulta

⁵⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op cit. p.125.

⁶⁰ MAVILA LEÓN, Rosa, op cit. p. 114.

⁶¹ indispensable la regulación e impulso de instituciones procesales que coadyuven a este fin.

Así, la correcta aplicación del principio de oportunidad contribuirá sin duda al descongestiónamiento de la carga procesal existente en los despachos judiciales, pues se faculta al Ministerio Público para abstenerse de ejercitar la acción penal bajo dos criterios generales: *Falta de Necesidad de Pena y Falta de Merecimiento de Pena*.

El principio de oportunidad se encuentra actualmente regulado en el artículo 2 del Código Procesal Penal,⁶¹ según el cual se permite su aplicación sólo con el consentimiento expreso del imputado, el cual no implica necesariamente la aceptación de su culpabilidad. El NCPP coincidentemente también regula dicho principio en su artículo 2, sin embargo otorga mayores facultades al Ministerio Público para su aplicación.

En efecto, el artículo 2 del NCPP permite que el Ministerio Público pueda ejercer el principio de oportunidad de oficio o a pedido del imputado, cuando concurran las circunstancias previstas para su aplicación.

Así, se prevé como primera circunstancia: "Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso (...)". Esta precisión (que no existe en la regulación actual) permite aplicar el principio en función a la afectación grave del agente por las consecuencias de su delito sin importar la intencionalidad en su comisión. Otra diferencia con la regulación actual del principio de oportunidad, radica en la segunda circunstancia que faculta su aplicación: "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". Así, ya no se habla de delitos insignificantes como ocurre en la regulación actual sino de aquellos que no afecten gravemente el interés público, con lo cual se evita la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la eficacia del derecho penal en aquellas zonas o

⁶¹ Principio incorporado por el Decreto Legislativo N° 638 de fecha 27 de abril de 1991, posteriormente modificado según Ley N° 27664 de fecha 8 de febrero de 2002.

para aquellos hechos en que resulta indispensable su actuación como método de control social.⁶²

Por su parte, en el artículo 2 literal b se establece que no será posible aplicar el principio de oportunidad cuando el *"extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad"*. Sin embargo en el literal c, se establece que: *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"*.

De la lectura se desprende que los delitos que pueden ser objeto del principio de oportunidad son aquellos que tengan como marco legal entre 2 a 4 años de PPL salvo que se trate de funcionarios públicos. Sin embargo, ¿Qué pasa si se trata de un delito conminado con una sanción no superior a 4 años de PPL, pero que aplicándole las circunstancias generales de atenuación y especialmente valoradas señaladas en el literal c, resulta que la pena a imponerse es inferior al mínimo legal, aunque este sea superior a 2 años de PPL?. En ese caso, se podría argumentar que es posible aplicar el principio de oportunidad al amparo del literal a pero no sería posible según el literal b. por tanto habría una contradicción.

En lo referente a la regulación actual del principio de oportunidad, cabe mencionar que mediante el artículo 3 de la Ley N° 28117 "Ley de Celeridad y Eficacia Procesal Penal", se incorporó un párrafo al artículo 2 del Código Procesal Penal, facultando la aplicación de un acuerdo reparatorio en los procesos por comisión de 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

La aplicación de los acuerdos reparatorios ha sido reconocida en la legislación comparada como el artículo 241 del Código Procesal Penal de Chile y el artículo 40 del Código Orgánico Procesal Penal que estipulan el acuerdo reparatorio como una forma de compensar a la víctima por el daño ocasionado. Asimismo, en Venezuela, los acuerdos reparatorios constituyen un acuerdo entre víctima e imputado otorgando al Fiscal facultades de conciliador. Sin embargo,

⁶² PEÑA CABRERA KKÜYRE, Raúl y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Terminación Anticipada del Proceso*. Lima: Jurista Editores. 2003, p.281.

1
estos acuerdos tienen un alcance limitado ya que son acuerdos voluntarios entre víctima e imputado. Ejemplo: prestación de servicios a la comunidad.

Estos acuerdos voluntarios, implican a nuestro parecer una forma de reparación no sólo pecuniaria para la víctima del delito, medida que sin embargo sólo podrá ser aplicada en delitos de mínima lesividad o dañosidad social y en aquellos en los que la acción penal sólo pueda iniciarse a pedido de parte, es decir sobre bienes jurídicos disponibles. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001 sobre el caso Barrios Altos marcó un precedente al establecer como reparación a las víctimas, medidas no sólo de carácter pecuniario sino también: "la adopción de medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados".

En relación a este tema, recientemente se emitió en el distrito judicial de Huaura la primera sentencia aplicando el nuevo Código Procesal Penal, en virtud de este cuerpo normativo, bastó una sola audiencia de apenas 90 minutos, para que el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Huaura dicte sentencia contra el inculcado a cuatro años de prisión efectiva, por delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado. Para la pronta culminación de este proceso, se llegó a un acuerdo, en el que incluso llegó a participar el agraviado, se acordó imponer al acusado la pena de cuatro años de prisión suspendida por el periodo de prueba de tres años, más el pago de una reparación civil de 500 nuevo soles y el cumplimiento de determinadas reglas de conducta.

Por último, en el artículo 2 numeral 6 del NCPP se establece la procedencia del 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

1.2.3. La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal

La Terminación Anticipada implica un procedimiento especial, que se rige por sus propias disposiciones y las concurrentes de la ley procesal penal

ordinaria. Aparece como un mecanismo de simplificación del procedimiento, acorde con las nuevas corrientes doctrinarias y legislativas contemporáneas. Se sustenta en el llamado derecho procesal penal transaccional, que busca evitar un procedimiento penal innecesario obteniendo el procesado un beneficio de reducción de la pena mediante una fórmula de acuerdo o de consenso realizado entre el imputado y el Fiscal, con la aprobación necesaria del Juez.⁶³

El proceso de terminación anticipada fue introducido en nuestro país por la ley 26320 para determinados delitos de tráfico de drogas y luego para la totalidad de los delitos aduaneros tipificados en la ley 26421

Según el artículo 2 (*primer párrafo*) de la Ley 26320, el proceso de terminación anticipada sólo era aplicable en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal.

En el contexto en el que fue aprobada esta norma, se advierte que tuvo como finalidad político criminal racionalizar la respuesta penal del Estado en los supuestos de delitos de tráfico ilícito de drogas considerados de menor afectación social. Esta reorientación de la lucha contra este tipo de criminalidad parte pues de la idea de que la represión de los micro comercializadores o de los agentes de menor entidad no justifica el despliegue de todo el aparato jurisdiccional, que más bien debe estar dirigido a la persecución de los principales agentes productores y cabecillas de las organizaciones delictivas que por lo demás cuentan con los suficientes recursos para poder burlar la acción de la justicia.⁶⁴

En la legislación comparada, este procedimiento tiene como fuente los Códigos de Procedimientos Penales italiano y colombiano.

En efecto, el Código de Procedimiento Penal colombiano en su artículo 37 regula la conclusión anticipada en los siguientes términos:

"Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada".

⁶³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Moreno S.A. 2004, p. 922.

⁶⁴ ESPINOZA GOYENA Julio César. *La Terminación Anticipada del Proceso Penal*, pp.10-11.

⁸
"También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será hasta de una octava (1/8) parte de la pena".

En nuestra legislación, se exige la posibilidad de acuerdo entre el imputado y el Fiscal sobre el delito y la pena. En este sentido, cabe la fórmula de consenso sobre las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas del hecho punible, o sobre la forma de participación en el mismo, o sobre el supuesto de tentativa. Por ello y a fin de evitar que la diligencia de audiencia especial cumpla con sus objetivos, es que también se posibilita la realización de acuerdos preliminares.

1.2.4. Terminación Anticipada versus Conclusión Anticipada

Es importante señalar que, la terminación anticipada es diferente a la conclusión anticipada regulada actualmente en la ley N° 28122 intitulada *"Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y micro comercialización de droga, descubiertos en flagrancia con prueba suficiente o imputados sometidos a confesión sincera"*, según su articulado se refiere a dos tipos de situaciones. Así, los artículos 1 al 4 se refieren a la *"Conclusión Anticipada de la Instrucción Judicial"* y el artículo 5 a la *"Conclusión del Debate Oral"* por conformidad del procesado con la acusación. La Conclusión Anticipada de la Instrucción Judicial, es aplicable a los siguientes delitos: Lesiones (arts. 121-122 CP). Hurto (Arts. 185-186 CP), Robo (Arts 188-189 primera parte) y Microcomercialización (art 298 CP).

Asimismo, la Conclusión Anticipada de la Instrucción Judicial para su aplicación requiere la concurrencia de los siguientes supuestos regulados en el artículo 1:

- 1 Cuando el imputado hubiese sido descubierto en flagrancia, conforme a la definición establecida en el artículo 4 de la Ley N° 27934
- 2 Si las pruebas recogidas por la autoridad policial, siempre que en ellas haya intervenido el Ministerio Público, o por el propio Ministerio Público, presentadas con la denuncia fiscal, fueren suficientes para promover el juzgamiento sin necesidad de otras diligencias.
3. Si el imputado hubiese formulado confesión sincera ante el Juez conforme al artículo 136 del Código de Procedimientos Penales.

Por su parte la Conclusión Anticipada del Debate Oral está regulada en el artículo 5 de la ley y establece como reglas las siguientes:

1. La Sala, después de instalada la audiencia, preguntará al acusado si acepta ser autor o participe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.
2. Si se produce la confesión del acusado, el juzgador preguntará al defensor si está conforme con él. Si la respuesta es afirmativa, se declara la conclusión anticipada del debate oral La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas, bajo sanción de nulidad
3. Si el defensor expresa su conformidad, pero condicionándola a la oralización de algún medio probatorio, se atenderá el pedido así como se permitirá argumentaciones y refutaciones sobre la pena o la reparación civil. Seguidamente, se suspenderá la sesión para expedir sentencia, la que se dictará ese mismo día, o en la sesión siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas, bajo sanción de nulidad.
4. Si son varios los acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos, salvo que la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral.

El NCPP regula la Conclusión Anticipada en el Artículo 372 "Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio". Este artículo es similar en su contenido al artículo 5 de la Ley 28122, requiere la conformidad del acusado con la autoría o participación con el delito materia de acusación y la reparación civil. Antes de expresar su conformidad el procesado puede consultar con su abogado y también por su intermedio o directamente puede llegar a un acuerdo con el Fiscal sobre la pena a imponerse. Esta posibilidad es permitida en el marco de un nuevo sistema acusatorio y el Juez controla la legalidad del acuerdo en cuanto a la pena y la reparación civil. En lo demás es semejante a la regulación actual, será aplicable sólo para los acusados que la soliciten.

La regulación de la terminación anticipada, conocida también como admisión de culpabilidad del procesado, como expresión del principio de oportunidad⁶⁵ está comprendida en los arts. 468-471 y puede formularse antes de la acusación a pedido del imputado o a iniciativa del Fiscal. Se requiere la presentación de solicitud conjunta del fiscal y el imputado (opcional). Asimismo, el acuerdo provisional sobre pena y reparación civil y demás consecuencias accesorias. El Juez de la investigación preparatoria en este caso, en el marco de un proceso acusatorio garantizará la legalidad del acuerdo propuesto.

La terminación anticipada es un proceso simplificado porque permite, mediante la negociación y transacción, que éste termine antes de la duración legalmente prevista para el proceso penal.⁶⁶

Es importante mencionar que, a quien se acoja al proceso de terminación anticipada se le reconocerá como beneficio la reducción de la pena en una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión.

Como se puede apreciar, el NCPP extiende el ámbito de aplicación de esta institución procesal a todos los delitos, con lo que es posible contar con un eficaz instrumento de celeridad procesal que al mismo tiempo permitirá alcanzar la descongestión del sistema judicial.⁶⁷

⁶⁵ CACERES JULCA, Roberto E. *Código Procesal Penal comentado*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 512.

⁶⁶ MAVILA LEÓN, Rosa, op cit, p.211.

⁶⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op cit, p.136.

1.3. ¹⁵ La Detención Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal

1.3.1. Plazo razonable en la detención

El derecho al plazo razonable se encuentra estipulado en importantes instrumentos internacionales sobre el tema como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos señalan que: Toda persona tiene derecho a ser oída y juzgada en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas".

Este derecho ha sido reconocido también como un derecho fundamental integrante del derecho al debido proceso, en diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, como por ejemplo la Sentencia del expediente 177-2002-HC/TC, publicada el 16 de agosto de 2002, en la que el Tribunal señala en su fundamento 4 que: "al conocer un caso de hábeas corpus, constató que un procesado estuvo detenido por más de treinta meses sin haber sido sentenciado. Ajuicio del Tribunal, ello significó la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; reconocido en el artículo 9°, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el Artículo 7°, numeral 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos".

Asimismo, tenemos la Sentencia del expediente 309-2002-HC/TC, publicada el 16 de agosto de 2002, en la cual como se indica en su fundamento 2: "El Tribunal Constitucional, al conocer caso de hábeas corpus, consideró que a la persona agraviada se le había vulnerado su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; pues estuvo detenido por más de quince meses, sin que el correspondiente órgano jurisdiccional hubiese dictado auto de prórroga de su detención. Para fundamentar su decisión el Tribunal señaló que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable se encuentra reconocido en el artículo 9°, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el Artículo 7°, numeral 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos."

"La prisión preventiva debe siempre sujetarse a plazos máximos no mínimos, cuyo cumplimiento origine la inmediata puesta en libertad, debiendo el Estado correr con los riesgos derivados de un defectuoso funcionamiento de la justicia o de su falta de diligencia en la investigación de los hechos". ⁶⁸

⁶⁸ ASCENCIO MELLADO, José María. *'La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú'*, op cit, p.505.

Así, para determinar el "plazo razonable" de duración de la prisión preventiva, el Juez no debe ceñirse sólo a la norma, debe valorar simplemente los aspectos procesales vinculados al imputado o debe realizar un análisis normativo-valorativo.

Con el objeto de precisar el plazo razonable, los ordenamientos jurídicos de España, Alemania e Italia parten de la regla "*rebus sic stantibus*" según la cual y de conformidad con el carácter provisional de todas las medidas cautelares, la prisión provisional puede prolongarse en el tiempo únicamente si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundamentaron la necesidad de ordenarla. Desaparecido alguno de sus requisitos el encarcelamiento debe cesar inmediatamente. Así, la fijación legal del plazo máximo de duración es fundamental para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva, el Juez para determinar el "plazo razonable" de prisión preventiva debe realizar un análisis normativo-valorativo ya que, lo razonable no es el transcurso del plazo automáticamente, sino el enjuiciamiento concreto sobre la procedencia o no de mantener la medida. Así, el Juez deberá tener en cuenta que la medida impuesta cumpla sus fines de asegurar la presencia del imputado en el proceso y el cumplimiento de la pena a imponerse.

Por tanto si se desvanece el peligro procesal en aplicación del criterio de razonabilidad, el Juez deberá dictar la libertad provisional porque ya no sería razonable que el imputado siguiera en prisión y constituiría una violación de su derecho a la libertad personal. Asimismo, si no existen los indicios razonables sobre la responsabilidad del imputado en un ilícito penal debe ser puesto en libertad, pues no sería razonable la prolongación de la medida impuesta. Se debe tener en cuenta que, las medidas cautelares no son en ningún caso penas que se imponen anticipadamente y aún atendiendo a su carácter preventivo hace imposible realizar con el interno actividades resocializadoras propias de una estancia en prisión, ya que le asiste la presunción de inocencia.

Es importante que, el Juez realice el análisis normativo-valorativo porque de lo contrario se desnaturalizaría la medida cautelar trayendo consigo una situación de inseguridad jurídica para los demás ciudadanos. La prisión preventiva es una medida excepcional y su duración debe establecerse de acuerdo al caso concreto.

En este sentido, la medida preventiva de la libertad no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos de la investigación judicial, debiendo ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano, como lo establece los artículos 1 y 2 inciso 24 literal h de la Constitución Política del Estado, que señala, que la limitación de la detención judicial tiene como principales fundamentos el derecho de presunción de inocencia y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.⁶⁹

Así, respecto al plazo razonable Florencio Mixán opina: *"Es contraria a la exigencia de celeridad que el procedimiento tenga una duración prolongada más de lo razonable; dilación que convierte al procedimiento en un quehacer de plazo indefinido, pues el procedimiento penal significa una limitación, en mayor o menor grado, del ejercicio de algunos derechos fundamentales del procesado. De allí que el Estado asume el deber de tener que resolver el caso con la debida celeridad. Es verdad que el Estado tiene la potestad (el imperium) de someter a su súbdito a procedimiento penal; pero a la vez el ejercicio de esa potestad le vincula al deber jurídico y moral de resolver la situación jurídica del procesado en el plazo estrictamente necesario para el caso." "(...) uno de los medios determinantes para la concreción del plazo razonable es la realización de la actividad probatoria con la debida acuciosidad selectiva e integral y en el menor tiempo posible".*⁷⁰

Considerando, el derecho al plazo razonable entre otros derechos fundamentales que deben garantizarse a todos los procesados, el Decreto Legislativo N° 959, publicado el 17 de agosto de 2004 introdujo importantes modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940, pues resultaba indispensable modificar la legislación procesal penal vigente con la finalidad de adaptar determinadas instituciones a las exigencias del NCPP a modo de facilitar la transición entre ambos sistemas.

El Decreto Legislativo N° 959 en reconocimiento del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Carta Magna así como

⁶⁹ CACERES JULCA, Roberto E, op cit, p.337,

⁷⁰ MIXÁN MASS. Florencio. *Teoría de la prueba*. Trujillo: ediciones BLG, 1992, pp.S0-51.

21

en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos tiene como objetivo garantizar la celeridad en el juicio oral, especialmente cuando se trata de delitos complejos, consagrando el derecho de todo ciudadano a ser juzgado sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída en un plazo razonable o sin retraso. Este derecho no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales sino que su vulneración se produce siempre como consecuencia de una omisión que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional de resolver dentro de los plazos previstos las pretensiones que se formulen. Una de las condiciones que fundamenta la vulneración de este derecho es el indebido retraso, sin embargo, para acreditar el mismo, debe tenerse en cuenta apreciando las diversas circunstancias del caso como por ejemplo la complejidad del asunto o la causa. Asimismo, introduce modificaciones respecto al desarrollo mismo del juicio oral en el proceso penal.

Es importante mencionar que, por primera vez el Código Procesal Penal en su artículo I del Título Preliminar reconoce expresamente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Asimismo, la primera disposición final establece los criterios que deberán ser tomados en cuenta por la jurisdicción para fijar el plazo razonable en la duración de las medidas coercitivas como:

"a) la subsistencia de los presupuestos materiales de la medida; b) la complejidad e implicancias del proceso en orden al esclarecimiento de los hechos investigados; c) la naturaleza y gravedad del delito imputado; d) la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional; y, e) la conducta procesal del imputado y el tiempo efectivo de privación de libertad."

Similares criterios fueron establecidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004- exp. N° 2915-2004-HC/TCL, en la que establece tres criterios fundamentales: a) Actuación de los órganos judiciales: "Prioridad y diligencia debida", b) Complejidad del asunto y c) La actividad procesal del detenido.

1.3.2. La Acumulación de procesos como criterio de celeridad

El Decreto Legislativo N° 959 introduce la modificación al artículo 20 del Código de Procedimientos Penales referido a la Acumulación de procesos.

La modificación que se planteó al artículo 20 tuvo como base el artículo 51 del Proyecto de Código Procesal Penal de noviembre de 2003 teniendo como fin facilitar el juzgamiento, sobre todo en los procesos complejos en los que existe pluralidad de imputados y en los que suele demandarse una amplia actividad probatoria.

En efecto, la estricta aplicación de las reglas de acumulación previstas en los artículos 20 y 21 del Código de Procedimientos Penales, si bien permitía orientar el proceso penal hacia un juzgamiento sistemático y uniforme de los múltiples hechos y/o imputados, tales ventajas colisionaban con la realidad de los procesos complejos en nuestro país. Así por ejemplo, el concurso de múltiples imputados en los que algunos enfrentan hechos muy concretos, daba lugar a que éstos últimos tuvieran que esperar al pleno juzgamiento de todos los hechos atribuidos a los otros procesados, retrasándose indebidamente el juzgamiento de hechos concretos que en ocasiones puede requerir una menor actividad probatoria.

A estas desventajas que derivan de la propia aplicación de las reglas de acumulación, cabe sumar otras de diverso signo. Por ejemplo, el juzgamiento conjunto de una gran cantidad de procesados, solía reproducir la posibilidad de maniobras dilatorias cuando se perseguía la impunidad o sencillamente dificultar la expedición de una sentencia definitiva para lograr la excarcelación de uno o más procesados.

Cabe señalar que, una de las razones que motivaron la dación del Decreto Legislativo N° 959 respecto a la acumulación y/o separación de procesos fue la coyuntura política del país luego de la caída del régimen de Fujimori-Montesinos. En efecto, luego de culminado el gobierno anterior, el Poder Judicial recibió una serte de denuncias por delitos contra la administración pública así como por delitos contra la humanidad cometidos por funcionarios públicos que involucraban a una gran cantidad de procesados en concurso de delitos, que encuentran conexión al tratarse de una organización delictiva. Esta situación dio lugar a la creación de un sistema anticorrupción y a la necesidad de introducir modificaciones urgentes que contribuyeran directamente a la celeridad de los procesos.

En este sentido, los jueces que tramitaban procesos por delitos de corrupción o lesa humanidad generalmente por criterios de conexión acumulaban procesos a fin de evitar pronunciamientos contradictorios; sin embargo, en la práctica la acumulación de procesos contribuyó en hacer más densa la investigación judicial, generando mayor actividad procesal y dificultando con ello la formación de los expedientes al aumentar el volumen, el seguimiento de las actuaciones procesales y el debido control de los plazos, que en varios casos tuvo como consecuencia que un proceso sumario durara hasta tres años. Así, algunos juristas estaban convencidos que este obstáculo procesal sería superado en parte si se permitía a los jueces optar por la separación de procesos.

Así las cosas, la situación especial de un gran número de acusados libres comprendidos en un mismo proceso con unos pocos acusados en cárcel, hacía necesario que los jueces pudieran optar por la separación de los procesos acumulados o de imputaciones o delitos conexos que requirieran de diligencias especiales o plazos más dilatados para su sustanciación, salvo que se considere que la unidad es necesaria para acreditar los hechos.

La Acumulación procesal se encuentra prevista en el NCPP en los artículos 46 al 52. Se contempla la acumulación facultativa y obligatoria, esta última ocurre en el supuesto del artículo 31 numeral 2 del mismo cuerpo de leyes, es decir cuando existe conexión de procesos debido a que varias personas aparecen como autores o partícipes del mismo hecho punible. En los demás casos es aplicable la acumulación facultativa. Es importante señalar que, en el artículo 51 se estipula la separación de procesos acumulados e imputaciones conexas, en aras de lograr la celeridad en la tramitación de los procesos, permitiendo la formación de cuadernos separados para simplificar el procedimiento y decidir con prontitud, siempre que existan elementos suficientes para conocer con independencia cada uno de los procesos desacumulados.

1.3.3. Algunos alcances sobre Detención Preventiva

El NCPP contiene una amplia regulación de las medidas de coerción, entre las que encontramos tanto las medidas de coerción personal (detención, prisión preventiva, incomunicación, comparecencia, detención domiciliaria, impedimento de salida del país, etc.) como real, tales como la incautación, el levantamiento del

secreto bancario y la reserva tributaria, la interceptación de las comunicaciones y documentos privados, medidas que actualmente en el mejor de los casos, estaban reguladas en leyes especiales.

Las medidas coercitivas son medios de naturaleza provisional para asegurar los fines del proceso penal; su duración está en función del peligro procesal, y para concretarlas se puede recurrir al empleo de la fuerza pública, en forma directa, como en los casos de detención, o en forma de apercibimiento.⁷¹

Respecto a los principios de aplicación de las medidas coercitivas, el artículo 253 establece que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal con las garantías previstas en la ley. Así, la adopción de las medidas coercitivas requiere tomar en cuenta los siguientes principios: Legalidad, Proporcionalidad, Prueba Suficiente, Necesidad, Provisionalidad y Judicialidad.⁷²

En esta línea de argumentación, y siendo numerosas las medidas de coerción previstas en el NCPP vamos a referirnos a la detención preventiva como medida de coerción personal. Así, estas medidas se imponen para prevenir los riesgos de fuga, ocultamiento de bienes o insolvencia sobrevenida, impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

En efecto, las medidas de coerción responden a una finalidad cautelar para hacer posible tanto el enjuiciamiento penal como el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dictare.⁷³

La prisión preventiva, consiste en la total privación del imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal. Sin embargo, no debe atribuirse a la prisión preventiva la función de anticipar la pena, pues ello implicaría el quebrantamiento de la presunción de inocencia.

El NCPP a diferencia del Código Procesal Penal de 1991 añade como presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, la existencia de

⁷¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op cit. p.79.

⁷² Ibid, p.80

⁷³ GIMENO SENDRA, Vicente. MORENO CATENA. Víctor y CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2003, p.282.

razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma.⁷⁴ Así también el cambio más relevante que trae el Código en materia de prisión preventiva está constituido por la obligatoria realización de una audiencia previa antes de decidir el encarcelamiento de un imputado, en la que el Fiscal tenga que solicitar la medida y la defensa, como el imputado, contradecirla.

Al respecto, la legislación procesal penal española prevé la realización de una audiencia previa a la adopción de una medida cautelar como la detención. Esta medida es relevante pues, la audiencia previa permite en primer lugar el contacto directo entre el acusado y el Juez, ya que a la realización de la audiencia debe comparecer necesariamente el Juez, imputado, Fiscal y abogado. Asimismo, en esta etapa se permiten alegaciones de las partes, proposición de prueba, práctica de la prueba, estos actos procesales permiten al Juez crear un criterio de conciencia más acertado sobre la responsabilidad penal del imputado, la cual no quedará determinada sólo en base a indicios razonables.

Por otro lado, la audiencia cuya característica principal es la oralidad le permite al imputado además del contacto directo con el Juez (mediación) esgrimir las razones por las cuales no le sería aplicable el presupuesto del peligro procesal. Así, el Juez no dictaría una medida preventiva en base a presupuestos abstractos que lo llevarían a concluir que existe peligro de fuga o de entorpecimiento de pruebas en el caso concreto en base a criterios como gravedad del delito, posesión de un pasaporte o situación económica o peligrosidad del inculcado.

La audiencia previa da como resultado el auto de prisión, el cual debe ser debidamente motivado, y ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal así como del querellante particular (si lo hubiere) y del procesado, el cual sino está de acuerdo puede hacer uso de su derecho a pedir la palabra o de pedir por escrito la reposición del auto. Si el auto no contiene estos elementos se produce una grave indefensión del imputado, vulnerándose su derecho al proceso con todas las garantías.

La audiencia previa a la adopción de una medida cautelar resulta conveniente en nuestro sistema porque contribuirá a evitar o disminuir el número

⁷⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo, op cit, p. 43.

de detenciones arbitrarias, las cuales son dictadas muchas veces en base a la sola imputación de un procesado como ocurrió en la década de los 90 en la que muchas personas eran detenidas y procesadas en base a la sindicación de un inculpado que se acogía a los beneficios de la ley de arrepentimiento y como ocurre actualmente con quienes se han acogido a la ley de colaboración eficaz.

Es de destacar que, el solo dicho de otro inculpado no constituye prueba ni indicio razonable que fundamente la vinculación del imputado con el hecho delictivo, el cual es uno de los requisitos para imposición de una medida cautelar personal.

Por su parte, el 'periculum in mora' viene determinado en el proceso penal por el peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado.

Cabe señalar que, la imposición de una medida cautelar en base únicamente a la gravedad del delito trastoca la presunción de inocencia y es incompatible con el fin de la medida preventiva que es asegurar la presencia del imputado y la ejecución de la pena.

Por otro lado, la gravedad del delito es a nuestro parecer un término demasiado amplio y subjetivo porque cuáles serían los criterios objetivos para determinar la gravedad del delito, el resultado, la pena privativa de libertad a imponerse, la magnitud del daño causado o por causarse. Una norma de este tipo implicaría la desnaturalización de la medida cautelar que resulta excepcional en la medida que, constituye una vulneración al derecho a la libertad como derecho fundamental. Por tanto, la gravedad del delito no justifica una medida de coerción.

Cabe mencionar que, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia del 4 de enero (Sentencia 010-2002-AI/TC) admite la reincidencia como causal de detención, y más aún establece que para imponer la detención se debe tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado.

Esta postura del Tribunal, no nos parece acertada porque evitar la reiteración del delito, corresponde cumplir un fin de prevención especial que no te corresponde a la prisión provisional como medida cautelar sino a la pena. La admisión de esta finalidad implicaría dotar a la prisión provisional de una naturaleza de medida de seguridad predelictual que vulnera el principio de presunción de inocencia

La reincidencia como causal de detención conlleva un prejuicio en el juzgador de "presuponer" la culpabilidad de quien en alguna oportunidad ha delinquido, lo cual constituye un criterio subjetivo y parcial. En efecto, si una persona fue condenada en el año 97 por robo y en el año 2002 es vinculada a un delito de estafa, es dable que se le detenga en base a sus antecedentes penales, ¿constituye un criterio suficiente?. ¿Qué pasaría si se tratara de un caso de homonimia, ¿sería justo que se le detenga porque anteriormente delinquiró?

Por otro lado, no queda del todo claro si la reincidencia está vinculada a la comisión de delitos semejantes o si no importa la naturaleza del delito y solo cuenta la historia personal.

Lo señalado contradice abiertamente la presunción de inocencia del imputado que sea considerado peligroso antes del juicio, reduciendo a la acusación pública a funciones de defensa social y de policía de orden público, transformando el mandato de detención en una suerte de medida de prevención contra quienes se presume peligrosos y sospechosos.

No obstante lo expuesto, mediante Ley N° 28726 publicada el 9 de marzo en el diario Oficial "El Peruano" se modificó el artículo 135 numeral 2 del Código Procesal Penal incorporando la habitualidad del agente en el delito como un criterio a considerar por el Juez al momento de dictar el mandato de detención. La habitualidad se define según el artículo 46-C incorporado al Código Penal por la Ley N° 28726 como la comisión de un hecho doloso por parte del agente siempre que se trate de al menos tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso de cinco años. Asimismo, se considera la habitualidad como circunstancia agravante.

Un tema que merece especial interés y que a nuestro criterio debería ser regulado con toda claridad y precisión sin dejar lugar a interpretaciones ambiguas, es el referido a los plazos de detención preventiva. Así, el numeral 3 del artículo 264 establece que: *"Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas"* A partir del párrafo señalado se puede observar que existe un vacío respecto al plazo que media entre la detención preliminar y la prisión preventiva, ya que se establece que la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia en el

plazo de cuarenta y ocho horas. Respecto a este tema es posible plantear los siguientes cuestionamientos:

1. El artículo 264 establece el plazo de detención procesal o preliminar de 24 horas a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si comunica al Juez. Asimismo, se establece que la detención preliminar podrá durar hasta un plazo no mayor de 15 días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.
2. Del artículo en mención, se puede inferir que el plazo para pasar de una detención a otra es de 48 horas adicionales al plazo máximo establecido en el mismo artículo.
3. Si ese fuera el caso, habría una contradicción entre este artículo y el 266 que establece que: *"(...) vencido el plazo de la detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo (...) pondrá al imputado a disposición del Juez de la Investigación preparatoria (...)"*
4. Esta situación podría dar lugar a la interposición de procesos por *habeas corpus* al haberse vencido el plazo legal para la detención.
5. *Se debe establecer que el plazo de cuarenta y ocho horas debe contarse antes del vencimiento del plazo inicialmente fijado.*

Respecto a la convalidación de la detención considero que existe una contradicción entre el artículo 266 y el 264 que establece los plazos máximos de detención preliminar. En efecto, como se observa de los párrafos 1 y 2 de dicho artículo se estipula como plazo improrrogable 24 horas para la detención preliminar y 15 días para los delitos de terrorismo, tráfico de drogas y espionaje. Sin embargo, de la lectura del párrafo 1 del artículo 266 se podría entender que existe una prórroga tácita y automática para los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, que dilataría la puesta a disposición de los detenidos ante el Juez de la Investigación Preparatoria por los delitos antes mencionados.

En el mismo sentido, en el párrafo 3 del artículo 266 se estipula el plazo de la detención convalidada en 7 días naturales. Respecto a ello, considero que existe una contradicción con el párrafo 1 del mismo artículo, por lo siguiente;

1. El plazo de detención preliminar estipulado en el artículo 264 es único y sólo vencido dicho plazo el Fiscal pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria, requiriendo auto de convalidación de dicha detención.
2. El párrafo 3 del artículo 266 estipula un plazo adicional de 7 días naturales, como plazo de detención convalidada, de lo cual se puede inferir que existen 3 clases de detención: Detención Preliminar o Policial, Detención Convalidada y Prisión Preventiva.
3. El párrafo 3 del mismo artículo estipula que vencido el plazo de la detención convalidada se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria. Al respecto, surge la siguiente interrogante: *Si terminado el plazo de la detención preliminar, se pone al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria, entonces ¿Por qué se estipula que el detenido al vencimiento del plazo de la detención convalidada debe ser puesto a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria?. ¿No se supone que ya estaba a su disposición?*
4. La autora considera que, es una contradicción que exista una detención convalidada que dé lugar a una puesta a disposición del detenido al Juez de la Investigación Preparatoria, cuando se supone que al terminar la detención preliminar ya había sido puesto a disposición del mismo, en todo caso una vez convalidada la detención y emitido el auto

correspondiente, el Juez tendría que dictar de inmediato el mandato de prisión preventiva o comparecencia de ser el caso pues el plazo de la detención preliminar es suficiente para determinar si concurren o no los requisitos para dictar la prisión preventiva.

En lo referente a la duración de la detención preventiva, consideramos que existe un vacío al estipular que la prisión preventiva no durará más de 9 meses en el primer caso y en procesos complejos 18 meses pues, el plazo establecido en este artículo constituye el plazo máximo para la realización de las diligencias tendientes a determinar la responsabilidad penal del detenido y no un plazo único. En efecto, tal como se encuentra actualmente redactado el artículo 272 se podría entender que tanto los 9 como los 18 meses constituyen plazos únicos para la detención preventiva, es decir que siempre van a durar o tienen que durar 9 ó 18 meses de ser el caso, pues así lo ha venido determinando la práctica judicial.

Por ello, creo que se debería estipular que la prisión preventiva durará *hasta* 9 meses o *hasta* 18 meses.

De igual manera, existe un vacío en el artículo 274 toda vez que, debería establecerse el término de 3 días antes del vencimiento del plazo de la prisión preventiva para solicitar la prórroga correspondiente, pues de lo contrario se excedería el plazo de detención establecido en el artículo 272. En efecto, pues si el Fiscal solicita la prórroga el último día del vencimiento del plazo sumado al plazo de 72 horas (3 días) que el Juez tiene para resolver se excedería en este término. En ese sentido, considero que atendiendo al principio de celeridad y a fin de no lesionar aún más el derecho de libertad individual del procesado, el Juez debería resolver la prolongación de la prisión preventiva en el mismo acto o a más tardar al día siguiente de su realización bajo responsabilidad.

Por su parte, el artículo 271 establece como plazo para la realización de la audiencia que determina la procedencia de la prisión preventiva, 48 horas después del requerimiento del Ministerio Público. Sin embargo, el artículo 274 establece un plazo de 3 días después del requerimiento del Ministerio Público para la prolongación de la prisión preventiva, creo que existe una contradicción entre ambos artículos al estipular plazos distintos, debería considerarse el mismo plazo para ambas actuaciones procesales.

2 DERECHO INTERNACIONAL

2.1. Argentina

⁸ Es el criterio de legalidad y de oficialidad el que surge del texto del artículo 71° del Código Penal Argentino de 1921 que imperativamente establece: "deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1° Las que dependieren de instancia privada: 2° Las acciones privadas". Por tanto, es de esta norma concreta y de fondo de donde se desprende la obligatoriedad de investigar todos los delitos de acción pública que se hubiesen cometido y de los que se tenga conocimiento y aquellos dependientes de instancia privada cuando ésta ya se ha promovido; obligación que pesa sobre el titular de la acción, o sea el Ministerio Público. Por consiguiente, no cabe ninguna duda que la tradición jurídica argentina, establece como regla general a la legalidad y no desconocemos, al decir del autor Seis dedos ⁸ que nunca hay temas agotados, sino hombres agotados para ciertos temas, y que por ahora la cuestión parece zanjada, al menos hasta que aparezcan nuevos y mejores argumentos⁷⁵, precisamente el objeto de la presente investigación es alcanzar mayor certeza acerca de la posible inclusión en nuestro sistema de algunos criterios de oportunidad.

Volviendo al tema del principio de legalidad podemos agregar que se encuentra emparentado con una visión de delito entendido como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y consecuentemente se relaciona con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal)⁷⁶.

En cuanto a su conceptualización cabe afirmar siguiendo a Cafferata Nöres que por legalidad se ha entendido desde antaño a la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente de Policía o Ministerio Público Fiscal) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción Pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito

⁸ ⁷⁵ SEISDEDOS, Felipe. A quien corresponde introducir el denominado principio de oportunidad. Revista del Foro de Cuyo. Ed. Dike. N° 42. pág. 45.

⁷⁶ CAFFERATA NÖRES, José. El principio de oportunidad en el derecho argentino, teoría, realidad y perspectivas. Versión Corregida y anotada de la clase de oposición dictada para el concurso para Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

que se hubiera logrado comprobar.⁷⁷ Dos son las notas que surgen en forma inmediata del concepto que exponemos, cuales son la inevitabilidad, entendiendo tal expresión como que necesariamente se tiene que poner en marcha el mecanismo estatal de investigación, juzgamiento y eventual castigo, sin que se pueda evitar de ninguna manera o por ninguna razón. La otra nota es la irretroactividad, ya que una vez promovida la acción penal pública y puesta en funcionamiento la persecución penal del Estado, tal ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agote la pena que se hubiere impuesto mediante el dictado de una sentencia. El principio que venimos sintéticamente tratando de explicar ostenta serias y fundadas justificaciones de carácter teórico. No obstante, cada una de ellas recibe una crítica o una relativización desde la misma óptica, y contundentes cuestionamientos desde el campo de la realidad. Es así como se argumenta que para lograr que el orden jurídico penal vulnerado por el delito sea reintegrado, hace falta que se imponga la sanción amenazada por la ley como consecuencia de su comisión. Sólo así se afirmará la vigencia del derecho en la realidad⁷⁸.

Además, y en el mismo sentido, pero en diferente línea argumental, se afirma que sólo a través de la legalidad se puede lograr cumplir en la realidad con los fines de la pena⁷⁹.

Se dice, asimismo, a favor de la legalidad, que es la forma más perfecta de garantizar, en los hechos, la igualdad ante la ley penal, siendo la expresión más elocuente en este campo del derecho de la venda que tiene la imagen de la justicia sobre sus ojos⁸⁰. Pero el principio de legalidad, pierde fuerzas y se hace cuestionable su aplicación (sin margen de excepción), tanto desde la teoría como desde la realidad en la práctica de tribunales. Se responde señalándose que sostener un sistema basado en la legalidad y oficialidad absoluta es a esta altura de los tiempos retribucionista, ya que en muchos casos se puede alcanzar los

⁷⁷ CAFFERATA ÑORES, José. Introducción al Derecho Procesal Penal. Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1987, pág. 31.

⁷⁸ GUARIGLIA, Fabricio. Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria, en "El Ministerio Público en el Proceso Penal", p. 87-

⁷⁹ VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Pág. 97.

⁸⁰ SPOTA, Alberto Antonio. Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal. N° 11. Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

²⁷ fines de prevención general y sobretodo de prevención especial sin necesidad de imponer una sanción⁸¹.

Hoy se piensa que el rol del derecho penal en la sociedad no se agota en la idea de la pena, sino en su idoneidad para proporcionar nuevas alternativas para la definición del conflicto social.

2.1.1. Principio de Oportunidad

Este principio puede expresarse⁸ como la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar

El primer interrogante a despejar es sobre la constitucionalidad del principio de oportunidad. A partir del momento en que el cuestionamiento se instala en la doctrina nacional, la mayoría de los autores se pronunciaron por la afirmativa⁸². A juicio de distinguidos doctrinarios, las primeras excepciones a los principios de legalidad y oficialidad, fueron la incorporación de las acciones privadas y públicas dependientes de instancia privada en el Código Penal de 1921. Mucho más tarde apareció el instituto de la "Suspensión del Juicio a Prueba" en el artículo 76 bis del mismo cuerpo legal, al que nos animamos a calificar de pariente cercanísimo del principio de oportunidad.

Respecto de la competencia, se cuestiona si es a la legislación local a quien corresponde establecer estos criterios o si por el contrario es materia delegada por las Provincias a la Nación, y al respecto el presupuesto básico es clarificar la concepción acerca de la naturaleza de la acción penal, ya que dependiendo de su inserción tanto en la órbita penal, como procesal, encontraremos la respuesta alterna de la competencia⁸³.

⁸¹ MARINO, Esteban. Suspensión de Procedimiento a Prueba. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires, Año 1.993. pág. 31.

⁸² VEGA, Dante Marcelo. El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal y su validez constitucional. En Lavado. Diego Jorge. Vega, Dante Marcelo. Estudios sobre el nuevo Código Procesal. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Año 2.000. págs. 51 y ss.

⁸³ VEGA, Dante Marcelo y Lavado, Diego Jorge. Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2.000. pág. 59, 60 y 61.

⁸ Haciendo un estudio del problema puntual, surge con claridad que la ausencia del tema del texto constitucional, fue quizá una de las causas, por las que fue tratado con preeminencia en el Código Penal, pero consideramos que esto no es óbice para que tomando un criterio más acertado desde el punto de vista científico, se afirme que en realidad las pautas fundamentales y mínimas que hacen a la promoción y ejercicio de la acción corresponde al derecho procesal. Si hay algo que está en la filosofía de nuestra Constitución muy claro, es que es una Constitución Federal; que luego desencadena una práctica institucional centralizada. Sí se interpreta esto, se dará cuenta que rige uno de (os principios clásicos de las federaciones: el Estado Federal podrá determinar en abstracto las normas aplicables en ciertas áreas, lo que llamamos legislación común, y luego deben ser los Estados provinciales los que se ocupan de la aplicación de esa ley⁸⁴.

⁸ En la misma tesitura, pero desde otra óptica argumental, Alberto Binder afirma que la trascendencia del tema debe estar dada en toda reforma procesal (refiriéndose a la promoción y ejercicio de la acción penal). y que además dado el impacto práctico que tiene el régimen de la acción sobretodos los aspectos dinámicos del sistema judicial, es preferible que se regule en el Código Procesal Penal.

2.2. Colombia

¹⁰ El principio de oportunidad, en una de sus modalidades, puede implicar la renuncia plena a la persecución penal por parte de la Fiscalía, es decir, desistir por completo de la formulación de la pretensión. Mientras que los preacuerdos conducen a que la Fiscalía renuncie o desista, no ya de la totalidad de la pretensión, sino de algunos de sus elementos o efectos, fruto de una negociación y a cambio de la renuncia a ciertos derechos por parte del sujeto pasivo de la persecución.

⁸⁴ AGUINAGA, J Luin Carlos. Reforma Procesa] Penal. Lo que está vigente. Ed. del Autor. Año 2,000, pág. 9.

2.2.1. El principio dispositivo y la autocomposición

Estos dos mecanismos, principio de oportunidad y preacuerdos, lejos de resultar inexplicables o extraños en la actualidad jurídica, se desprenden naturalmente de la nueva concepción del proceso que aleja al sistema de persecución del principio inquisitivo. Según este último principio, que ya no rige en su acepción más pura sino que a lo sumo afecta cuestiones concretas de regulación procesal en algunos esquemas de procedimiento, el inicio, el impulso, la terminación, las medidas procesales y, en general, el objeto del proceso son cuestiones respecto de las cuales las partes no tienen poder de decisión ni disposición. Por eso, su contrario recibe la denominación general de principio dispositivo y en materia procesal penal se ha denominado principio acusatorio. En los casos en que el proceso está regido por estos principios, el dispositivo o el acusatorio, las partes tienen mayor control sobre la pretensión y sobre los diferentes elementos que rodean el proceso, por lo que los mecanismos de solución de conflictos por autocomposición se erigen como una alternativa real que lleva a la terminación anticipada del proceso o incluso a la ausencia de proceso, si se acude a ellos antes de la formulación de la pretensión⁸⁵.

Cuando en la Teoría General del Proceso se estudian estos mecanismos de solución de conflictos por autocomposición sin intervención de terceros, se hace alusión básicamente al desistimiento, la transacción y el allanamiento, instituciones adecuadamente reguladas y estudiadas en el proceso civil y en los sistemas que de él se derivan. En estos sistemas, como respuesta a las normas sustanciales, la autocomposición está permitida por regla general, en la medida en que la mayoría de los derechos a los que se refieren son disponibles o renunciables, en virtud de la autonomía de la voluntad, y sólo excepcionalmente la ley limita su procedencia por razones de orden público. Sin embargo, la autocomposición en materia procesal penal no ha sido suficientemente estudiada, tal vez por el reciente desmonte constitucional de la concepción inquisitiva que siempre rondó en nuestro país a los legisladores, funcionarios judiciales, abogados y académicos cuando de persecución penal se trataba.

⁸⁵QUINTERO, BEATRIZ y PRIETO, EUGENIO. Teoría general del Proceso. Tercera edición, Temis. Bogotá, 2000, p. 120 y ss.

De todos modos, la nueva legislación procesal penal consagra una institución paralela a cada uno de los mencionados mecanismos de autocomposición, así: en lugar de desistimiento por parte de la Fiscalía, en materia procesal penal hablamos de principio de oportunidad; en lugar de transacción, hablamos de preacuerdos; y como manifestación del allanamiento está la aceptación unilateral de la imputación por el sujeto pasivo. Como se sabe, esta última manifestación autocompositiva es más antigua que las otras y por ende más aceptada por la comunidad jurídica procesal penal, debido a instituciones previas como la sentencia anticipada, pues surge del sujeto pasivo de la pretensión, quien naturalmente puede renunciar a sus derechos procesales y sustanciales de carácter individual y así obtener un beneficio punitivo. En cambio, el hecho de que el sujeto activo de la pretensión, es decir, la Fiscalía General de la Nación, haga disposición de la pretensión punitiva sobre cuyo manejo la Constitución Política le ha otorgado un monopolio general, ha resultado mucho menos sencillo de aceptar por la comunidad académica, profesional y judicial.

Como se dijo, el fundamento material de la disponibilidad de la pretensión en otros sistemas de corte más privado es esencialmente la autonomía de la voluntad y, evidentemente, en materia de pretensión penal cuyo manejo casi monopólico le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, no puede hablarse de autonomía de la voluntad⁸⁶. Adicionalmente, como también se dijo, la autonomía de la voluntad se ve limitada en los otros esquemas por cuestiones de interés público y la pretensión penal en sí misma puede ser considerada como una cuestión de interés público. Sin embargo, en materia de autoridades estatales que tienen a su cargo cuestiones de interés público, existe un concepto paralelo, aunque bien diferenciado al de autonomía de la voluntad, llamado discrecionalidad política. En consecuencia, el fundamento material de las posibilidades de disposición de la pretensión penal por parte de la Fiscalía no es la autonomía de la voluntad, sino la política criminal y el mecanismo para implementarla es la toma de decisiones discrecionales.

2.2.2. La discrecionalidad en la actividad de la Fiscalía

El concepto de discrecionalidad reviste cierta complejidad y mucho debate para su aceptación, particularmente cuando se predica en cabeza de la Fiscalía. Sin embargo, la Corte Constitucional también ha acertado en este reconocimiento en varios de sus pronunciamientos y por su parte la Ley 906 hace una mención expresa de su existencia. Por ejemplo, en la sentencia C-516 de 2007, la Corte partió de la redacción del literal f del artículo 11 de la Ley 906 para potenciar la participación de las víctimas en la celebración y aprobación de los preacuerdos, reconociendo evidentemente que se trata de un mecanismo en el que la Fiscalía actúa discrecionalmente en su negociación y celebración. En efecto, la mencionada norma preceptúa contextualmente que:

"las víctimas tendrán derecho a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto"⁸⁷

Adicionalmente y de manera expresa, la Corte afirmó que:

"es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad

Por otra parte, en relación con el principio de oportunidad, la Corte ha aceptado tangencialmente su carácter discrecional, como en los siguientes textos referidos a esta institución:

"... de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria", "... una adecuada y precisa regulación de una potestad discrecional", "...en ejercicio de la discrecionalidad reglada que la Constitución asigna al Fiscal en materia de principio de oportunidad, le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo"⁸⁹.

Más recientemente, en la sentencia C-095 de 2007, la Corte afirmó que:

⁸⁷ Corte Constitucional. Sala Plena, MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVINO. Julio 11 de 2007. Sentencia C-516 de 2007.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, MP Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Junio 30 de 2005. Sentencia C-673 de 2005.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado ponente. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Septiembre 26 de 2005. Sentencia C-979 de 2005.

¹⁰ "la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado aunque sea mínimo de discrecionalidad al fiscal para evaluar si en un caso concreto debe aplicarse o no dicho principio⁹⁰.

¹⁰ De hecho, este reconocimiento no es para nada insólito pues la discrecionalidad de la Fiscalía no está presente únicamente en la disposición total o parcial de la pretensión penal, en ejercicio del principio de oportunidad o de los preacuerdos. La naturaleza de la entidad y de las funciones que desempeña, hacen que todas las modulaciones de discrecionalidad se perciban en diferentes aspectos o momentos de su actividad⁹¹.

Así por ejemplo, como se ha venido diciendo, la discrecionalidad política stricto sensu se hace presente en la aplicación del principio de oportunidad y en los preacuerdos, entre otras actividades y/o funciones propias del Fiscal General, pues la Fiscalía toma estas decisiones atendiendo a criterios contextuales de carácter económico y político, y hace una selección de mecanismos para alcanzar finalidades políticas. Por su parte, la discrecionalidad técnica se hace presente en las actividades de dirección jurídica de la investigación, en las cuales las valoraciones propias ciencia jurídica y de la ciencia forense o afines son las que conducen a decisión sobre la formulación de solicitudes o acusaciones ante los jueces. Igualmente, el Fiscal General de la Nación tiene discrecionalidad reglamentaria para definir el procedimiento interno de la entidad en ejercicio del principio de oportunidad, los aspectos relacionados con la justicia restaurativa, la cadena de custodia y, en general, puede orientar todas las labores de los delegados mediante resoluciones y directrices en las que precisa y da alcance a disposiciones legales o constitucionales. También tiene discrecionalidad de planificación a la hora de diseñar el respectivo plan de política criminal y al proyectar a futuro la actividad de la Fiscalía por momentos, unidades o regiones. En relación con la discrecionalidad de iniciativa, la Fiscalía puede por ejemplo crear unidades especializadas a nivel nacional o seccional, para atender de manera más eficiente algunos asuntos de su competencia. Obviamente, también

⁹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena, MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Febrero 14 de 2007. Sentencia C-095 de 2007.

⁹¹ MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. La discrecionalidad para acusar. Segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 142-148.

tiene discrecionalidad táctica para adoptar una decisión rápida y eficaz ante circunstancias de hecho que lo requieren, por peligros inminentes o situaciones imprevistas Y por último, tiene discrecionalidad de gestión en diferentes asuntos tales como, por ejemplo, algunos nombramientos, traslados, reasignaciones, asunciones directas de investigaciones, etc.

Así las cosas, la discrecionalidad es cada vez menos extraña a la Fiscalía General de la Nación y su reconocimiento se hace menos complicado ahora, gracias al progresivo retiro de las funciones jurisdiccionales que tenía bajo el prisma del principio inquisitivo, que inspiraba las anteriores concepciones constitucionales y legales de esta entidad.

2.2.3. Aplicación del principio de oportunidad a los “milicianos rasos” desmovilizados

Otra de las herramientas procesales que se han venido discutiendo para afrontar la situación jurídica de los miembros de base de los grupos armados al margen de la ley que se han desmovilizado y a quienes no se les aplicarían los beneficios de la Ley de Justicia y Paz es la utilización del principio de oportunidad, principio que recientemente entró a formar parte del ordenamiento constitucional y procesal penal del país.

Es que en los ordenamientos procesales penales modernos generalmente coexisten los principios de legalidad y oportunidad; a pesar de que estos principios se encuentran inscritos en sistemas jurídicos de tradición disímil, uno continental europeo y otro anglosajón, es casi opinión dominante que su coexistencia responde a las necesidades actuales del ejercicio del ius puniendi del Estado. Las cuestiones teórico-prácticas que surgen del estricto entendimiento de la legalidad procesal; esto es, que siempre que se tenga una noticia criminal se ejerza la acción penal, y la necesidad de encontrar mecanismos alternos de solución eficiente del conflicto; han llevado a que hoy en día casi ni se discuta sobre la legitimidad de éstos dentro de un sistema de reacción penal.

Aunque los matices de la regulación de la oportunidad varían de sistema a sistema, y entre nosotros conocemos una generosa consagración, la dicotomía que engloban la legalidad y la oportunidad sigue estando presente: el principio de

legalidad conlleva el imperativo del ejercicio de la acción penal ante el conocimiento de un hecho sancionado con pena desde el derecho penal material, mientras que el principio de oportunidad representa la "no obligatoriedad" de la instauración de una pena estatal ante determinados supuestos establecidos casi siempre en la ley; es la autorización a la Fiscalía General de la Nación para disponer de la acción penal cuando se cumplan dichos supuestos.

Mucho se ha dicho sobre la naturaleza del principio de oportunidad, por ejemplo, que conforma una limitación del principio de legalidad⁹², que rompe también con este principio base. No obstante, cualquiera que sea la interpretación que se intente, nunca se irá más allá de lo que ya evidencia su coexistencia constitucional: se trata de una correlación que sirve a la libertad del ciudadano, y esto porque su aplicación busca estabilizar, desde el ámbito del derecho procesal, las condiciones tácticas necesarias en el Estado para la garantía de sus derechos y bienestar. Los dos principios deben considerarse como una unidad en el sistema político criminal de reacciones estatales. Esta unidad no apacigua la prevalencia de la legalidad frente a la oportunidad, pero el resultado de su complementación será el que la sociedad necesita para resolver adecuadamente los atentados contra el orden normativo determinado y, entonces, contra la puesta en duda precisamente de sus leyes. El principio de oportunidad es la expresión de una "finalidad especial político-criminal" que de ninguna manera puede tenerse como una idea contraria a la legalidad⁹³.

La Constitución Política en su artículo 250 y el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) vinculan la aplicación del principio de oportunidad a la política criminal del Estado. Esto significa varias cosas. Por un lado, que éste es, por sí mismo, manifestación directa de la política criminal colombiana que por diferentes motivos considera algunos hechos punibles como no necesitados de reproche pena⁹⁴ y, por otro lado, que la aplicación de este principio debe tener en cuenta o, mejor dicho, estar acorde con todas las medidas legales y políticas que el Estado adopta en una época y momento determinados para la lucha contra las diferentes formas de criminalidad. Entre estas formas y el

⁹² FEZER. *Strafprozessrecht* J, München, 1986, caso 1, nm. 55.

⁹³ PERDOMO TORRES. Los principios de legalidad y oportunidad, Bogotá, 2005, pp. 42 y SS.

⁹⁴ GUERRERO PERALTA, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, Colombia, 2005, p. 159.

5 principio de oportunidad, en consecuencia, debe existir total coincidencia teleológica; si con la oportunidad se pretende, entre otras cosas, sólo reaccionar ante atentados graves a la constitución normativa de la sociedad, no será entonces de buen recibo que otros instrumentos jurídicos ("Ley de las pequeñas causas", ya expulsada del ordenamiento jurídico) agraven y consagren sanciones recias ante hechos tradicionalmente considerados expresión de la delincuencia de bagatela.

Por lo tanto, se puede decir sin lugar a equivocaciones que el principio de oportunidad y, sobre todo, las formas que se prevean de su aplicación, son mecanismos estatales idóneos para influir en el desarrollo y ejecución de la política criminal que, como se dijo, debe ser en lo posible coherente.

Así las cosas, lo primero que debemos plantearnos como interrogante para decidir sobre la legitimación de la aplicación del principio de oportunidad a los "milicianos de base" de los grupos armados ilegales es si los objetivos que se persiguen con el proceso de paz y de justicia transicional, potenciado con la aprobación, ejecución y desarrollo de la Ley 975 de 2005, guardan relación teleológica con la esencia de dicho principio. Como vimos, éste ha sido pensado en la legislación colombiana a favor de una política criminal en la que, en primer lugar, el Estado carece de interés público para la persecución de ciertos delitos considerados menores o que afectan en poca medida los intereses jurídicos de los ciudadanos; en segundo lugar, los motivos de utilidad práctica procesal seducen al Estado y, en tercer lugar también, la conveniencia del Estado en el manejo de su poder o del monopolio de la fuerza en el interior del Estado y hacia el exterior marca la pauta.

Dentro de los mismos objetivos se enmarca la Ley de Justicia y Paz. En verdad, buscando la efectiva garantía de los derechos de los colombianos, y en cumplimiento del deber de protección en cabeza del Estado y frente a los ciudadanos, se pretende con esta ley el "facilitamiento de procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación". A través de esta ley, el Gobierno Nacional ha dado continuidad a una política criminal encaminada al desmonte efectivo de

organizaciones criminales y a la garantía del derecho que tienen todos los colombianos a la paz, por lo que en este contexto podemos afirmar que lo perseguido con la Ley 975 de 2005 se encuentra en total consonancia con la teleología del principio de oportunidad, el cual, una vez más, permite al Estado establecer criterios de conveniencia jurídica y política para el correcto ejercicio del monopolio de la fuerza, en este caso en materia penal.

No se olvide que una de las tareas esenciales del Estado es evitar que las discrepancias entre los ciudadanos y los "frentes" que surjan entre ellos adquieran un grado de militancia tal que ponga en peligro la paz de los ciudadanos, de tal forma que si ello sucede, como efectivamente sucedió en nuestro país, el Estado tiene el deber de tomar todas las medidas que sean necesarias para que las situaciones de desestabilización de la paz interna sean conjuradas, mucho más si es el mismo Estado el que de alguna forma, por ejemplo, causalmente ha contribuido a dicha situación. La unidad política que debe resultar en el Estado moderno toma por base la existencia de una paz duradera entre los ciudadanos.

En conclusión y para dar respuesta a la cuestión planteada, la aplicación del principio de oportunidad a los miembros de base de los grupos armados ilegales desmovilizados sería una medida totalmente coincidente con los objetivos de la política criminal de judicialización que se desarrolla con la Ley de Justicia y Paz para otros miembros, pues tanto en uno como en otro caso el Estado orienta su actividad al logro y garantía de la paz de los colombianos; con las dos herramientas se está ante una decisión de conveniencia político-jurídica, enmarcada dentro de la exigencia de seguridad en la organización política.

Debe resaltarse que el Acto Legislativo 03 de 2002 no solo incorporó un nuevo modelo procesal penal, sino que, y más relevante aún, elevó a rango constitucional una estrategia de política criminal de la mano del principio de oportunidad, bajo la cual la persecución del delito hoy en día debe adelantarse a través de un proceso penal mucho más garantista, respetuoso de las verdaderas necesidades de punición y, en general, de todas las particularidades sociales colombianas que ameriten o no una respuesta punitiva estatal. Es decir, desde el momento de la reforma a dicho artículo y en adelante, queda claro que el ejercicio obligatorio del ius puniendi del Estado no es siempre la idea orientadora en el

ejercicio del poder estatal, sino que también pueden existir casos ante los cuales el Estado decline dicho poder.

Precisamente y como vimos, la Ley de Justicia y Paz responde a esta nueva visión de política criminal, estableciendo un sistema de enjuiciamiento encaminado a procurar los derechos de las víctimas, a la par que admite la flexibilización punitiva propia de los procesos de justicia transicional.

En este contexto es que consideramos que la aplicación del principio de oportunidad a los "militantes rasos" o de base de los grupos armados al margen de la ley no admite ningún reparo desde el punto de vista constitucional. Si ellos han de ser enjuiciados hoy en día, esto es, cuando desde la Constitución la política criminal en Colombia reconoce como unas de sus manifestaciones la figura de la oportunidad, dándole a ella incluso unos contornos relativamente flexibles, no vemos un impedimento para que de la mano de este instituto se coadyuve en el logro de un fin legítimo como es la paz, más aún cuando, como vimos, ella y la Ley de Justicia y Paz persiguen fines muy similares, y entonces son parte integrante de una política criminal coherente y armónica. El principio de oportunidad no es propiamente un problema de decisión de la Fiscalía, sino una determinación de política criminal que involucra a todos los poderes de decisión estatal⁹⁵.

Si es la misma Carta Política la que hoy no concibe una política criminal sin el principio de oportunidad, deberá ser en este sentido que se hagan los ejercicios de interpretación de las normas jurídicas, y esto significa que por el carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarden coherencia con los principios constitucionales; y siendo totalmente claro que la Constitución hoy en día contempla la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, debemos entender que su consagración por medio de la reforma es un paso más en el establecimiento de un sistema de reacción punitiva más garantista.

⁹⁵ GUERRERO PERALTA, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Ob. cit, p. 146.

Ahora bien, se tendrían más argumentos cuando se piensa en la aplicación de las instituciones procesales consagradas en la propia Carta Política y que consagran "beneficios" cuando, como en el caso, se está ante el fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo, pues el propio artículo 29 superior prevé la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable como elemento integrante del derecho al debido proceso.

Sin embargo, aquí debe aclararse que la aplicación del principio de oportunidad a los denominados "militantes rasos", quienes de ser juzgados como los postulados a La ley de Justicia y Paz tendrían un procedimiento especial, en nada contradice la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema según la cual no es posible aplicar por vía de favorabilidad el principio de oportunidad a conductas procesadas bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000, pues el óbice que la Corte encuentra a dicha posibilidad radica en que, en concepto de la corporación, el principio de oportunidad es una institución propia del sistema acusatorio que no tiene cabida en los sistemas de tendencia inquisitiva, consideración que no es predicable de la Ley 975 de 2005, la cual consagra, con sus particularidades, un modelo procesal acusatorio similar al previsto en la Ley 906 de 2004.

En conclusión, consideramos que nada impide que por vía de favorabilidad se aplique a los "combatientes rasos" el principio de oportunidad respecto de las conductas cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, siempre que estas obviamente no constituyan violaciones al derecho internacional humanitario o delitos de lesa humanidad.

2.2.4. Momento procesal de la aplicación del principio de oportunidad

Bajo un modelo procesal de tendencia acusatoria se entiende que el fiscal es el detentador único del ejercicio de la acción penal y que, por ende, ni el juez, como si ocurre en los sistemas mixtos, ni los demás sujetos procesales pueden adoptar decisión alguna en lo que respecta al ejercicio de la acción. Esto ha sido corroborado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, cuando sostuvo, en por lo menos dos oportunidades, que la solicitud de absolución por parte de la Fiscalía constituye un verdadero retiro de la acción, de modo tal que el juez se

encuentra imposibilitado para condenar, independientemente de lo solicitado por los demás intervinientes.

Carece de utilidad pretender limitar la aplicación del principio de oportunidad a una determinada etapa procesal, por ejemplo, a la etapa de investigación como, prima facie, lo consagra el estatuto procesal penal, pues no sólo no existe ninguna limitación normativa en ese aspecto, sino que, más relevante aún, si el fiscal advierte ya en la fase de indagación que no resulta procedente imputar porque concurre alguna de las causales aplicación del principio de oportunidad, carece de razonabilidad que se le obligue a adelantar una actuación procesal encaminada a ejercer una acción de la que pretende desistir. Lo expuesto en modo alguno quiere decir que la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad no esté sometida a control judicial; es que no se muestra razonable que dicho control necesariamente deba estar precedido de la formulación de la imputación, cuando puede ser hecho en una audiencia preliminar.

Esta postura encuentra respaldo en la literatura procesal penal colombiana; son claras las opiniones en el sentido de que no existe limitación procesal para aplicar el principio de oportunidad, esto es, que éste puede irradiar sus efectos en cualquiera de las etapas del proceso, pues, se dice, la Constitución, que es el marco normativo creador del principio, no establece límites para su ejercicio. De igual modo, Bazzani Montoya afirma que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en cualquier momento, es más, este autor considera que su aplicación en la fase de indagación se justifica en la medida en que no es requisito para proceder a la renuncia de la acción el que se determine la autoría, obedeciendo su procedencia a motivos de política criminal ⁹⁶.

Así mismo, tampoco existe razón válida para impedir la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de juicio, pues esta fase procesal sólo tiene lugar en caso de concurrir elementos suficientes que indiquen razonablemente la responsabilidad del acusado, también presupuesto probatorio para la aplicación del principio de oportunidad; es perfectamente posible que surjan acontecimientos

⁹⁶ BAZANNI MONTOYA. El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal, Bogotá, Colombia, 2006.

⁵ y circunstancias después de la acusación que ameriten la renuncia a la acción penal. En este evento, el control sería ejercido por el juez de control de garantías con miras a no contaminar el criterio del juez de conocimiento de improbarse la aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, consideramos que de aprobarse la aplicación al juez de conocimiento no le quedaría camino distinto a decretar la cesación del procedimiento, pues, como se expuso, le está vedado continuar con el ejercicio de la acción penal, posibilidad que si le asistía en la Ley 600 de 2000.

Pero en este punto deben hacerse algunas precisiones. Consideramos que si bien en la etapa del juicio es procedente la aplicación del principio de oportunidad, esto sólo sería viable hasta el momento procesal en que la Fiscalía pueda intervenir para proponer sobre la decisión, esto es, hasta el alegato de cierre previsto en los artículos 442 y siguientes CPP y hasta antes de que el juez anuncie el sentido del fallo, pues cuando esto ocurra y se esté ante una decisión de condena ya habrá claridad sobre la responsabilidad; una cosa es que haya probabilidad sobre la responsabilidad, y otra muy diferente que ésta ya esté determinada.

Permitir que el principio se aplique después de este momento procesal sería casi como otorgarle al acusado la posibilidad de "sondear" la reacción punitiva; además, ya no se podría hablar de un criterio de economía procesal.

2.3. Alemania

¹⁴ Esta institución tendría sus orígenes en Alemania, a través de la "Ley Emminger" del 4 de enero de 1924, por el cual se facultó al Ministerio Público a abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias dañosas, de tal manera que su persecución no afecte el interés público.

Al comentar la Legislación alemana sobre el particular, García del Río refiere que la Ordenanza Procesal Penal alemana contempla el principio de oportunidad en los arts 153 y 55 señala que conforme a estos dispositivos, los asuntos de bagatela no caben en el principio de legalidad. Es más, el principio de

legalidad no se entendería hoy absolutamente, pues la Fiscalía no está obligada a perseguir cualquier infracción del Derecho Penal, dado que por razones de prevención general y especial, ligadas a la necesidad y conveniencia del castigo en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa.

En ese entender, la disposición más importante, al respecto, la contiene el art. 153 (introducido en 1924 por la reforma Emminger) antes mencionado; éste artículo no admite la persecución de los delitos si la culpabilidad del autor es leve y no existe un interés público en la persecución, únicamente, por cierto con el consentimiento del Tribunal.

Añade que no resulta necesario el consentimiento del tribunal en los casos de pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio (art. 153, párrafos 1 y 2), los criterios de oportunidad pueden obedecer, además, a la satisfacción de determinados presupuestos. Es decir, la Fiscalía con aprobación del Tribunal y del inculpado, puede prescindir provisionalmente del ejercicio público de la acción a cambio de que el inculpado:

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

Resalta el tratadista que el archivo del procedimiento por el Ministerio Público no tiene autoridad de cosa juzgada. El procedimiento puede reanudarse en cualquier momento si se presentan hechos nuevos que produzcan simultáneamente otra calificación jurídica del hecho.

2.4. Sistema procesal norteamericano

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

De hecho, tal como lo refiere Sánchez Velarde⁹⁷, entre el 75% y el 90% de las causas penales en los EE.UU. terminan como consecuencia del uso de éste sistema⁹⁸.

El denominado "Plea Bargaining" es el acto por el cual el imputado manifiesta su decisión de declararse culpable, su conformidad con los cargos que se le formulan, renunciando de ésta manera al derecho que le corresponde de que su causa sea vista en un juicio con las garantías preestablecidas y renunciando, asimismo, a la posibilidad de que en él se pueda declarar su absolución.

Como bien determina el autor, en el sistema norteamericano, la declaración de culpabilidad puede manifestarse bajo tres formas: "a) voluntaria", en caso de evidencia de culpabilidad." b) estructuralmente inducida", cuando la confesión es consecuencia de la previsión de una pena más grave, para quienes insisten en la celebración de la vista o porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quienes reconociendo su culpabilidad, renuncian al juicio contradictorio. "c) negociada", que consiste en el acuerdo entre el Fiscal y el acusado o su abogado, antes de la vista de la causa, que puede ser un acuerdo sobre el delito o sobre la pena, o sobre ambos.

Es aquí que el plea bargaining aparece, como las negociaciones que se llevan a cabo entre Ministerio Público y la defensa y en las que se acuerda la declaración de culpabilidad del acusado, evitando de ésta manera la realización del juicio, a cambio de una reducción en los cargos formulados o a cambio de una recomendación de indulgencia hecha por el Fiscal al Juez⁹⁹.

Igualmente el Fiscal esté posibilitado para no acusar a un delincuente que carece de antecedentes penales, cuando se trata de un delito no violento o relacionado al tráfico de drogas, siempre que cumplan con un programa de rehabilitación.

⁹⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima, JDEMSA, 1994, p. 141 y ss

⁹⁸ TIMOTHY CORNISH. Conferencia Nacional de la Justicia Penal, Lima, Abril 22-24, 1993 Extractos del artículo de la Rev. De Ciencias Jurídicas de El Salvador Set, 1992, p.7. 09

⁹⁹ DE DIEGO DIEZ. L. "Comunicación a la ponencia sobre el principio de legalidad y el uso de la oportunidad". En: Rev. Poder Judicial. N° VI, Madrid. 1989, p37 y ss.

18

Menciona a su vez que el interés de la vigencia de éste sistema comprende distintas órdenes, pero que confluyen en un punto central: La economía, en sentido amplio. Así, la declaración de culpabilidad y evitación del juicio beneficia a las partes implicadas, el acusado puede evitar la imposición de una pena más grave, evitar retrasos en el proceso, superar la incertidumbre que se derive del juicio, y los gastos económicos que significa.

El Defensor, obtiene sus honorarios con menos esfuerzo, el Fiscal consigue una condena sin riesgos de absolución, además de mantener una buena imagen pública, y, por último, el Estado, que logra una declaración de culpabilidad sin mayor perjuicio económico, al evitarse la realización del juicio oral.

16

El poder de discrecionalidad del Ministerio Público es muy amplio. La negociación puede, incluso, llevar a renunciar a la acción penal ya iniciada. Se habla por ello de una "Justicia contratada".

En ese sentido, el acuerdo transaccional entre el Ministerio Público y la defensa, que se reduce a la admisión de culpabilidad igual benignidad de la pena, significa que el "Public prosecutor" se puede comprometer a: 1) ejercitar la acción penal sólo por algunos de los delitos investigados. 2) proceder solo en cuanto a delitos menores y no por los de gravedad. 3) Omitir las circunstancias agravantes o reconocer las atenuantes.

Igualmente el Fiscal esté posibilitado para no acusar a un delincuente que carece de antecedentes penales, cuando se trata de un delito no violento o relacionado al tráfico de drogas, siempre que cumplan con un programa de rehabilitación.

Menciona a su vez que el interés de la vigencia de éste sistema comprende distintas órdenes, pero que confluyen en un punto central: La economía, en sentido amplio. Así, la declaración de culpabilidad y evitación del juicio beneficia a las partes implicadas, el acusado puede evitar la imposición de una pena más grave, evitar retrasos en el proceso, superar la incertidumbre que se derive del juicio, y los gastos económicos que significa.

El Defensor, obtiene sus honorarios con menos esfuerzo, el Fiscal consigue una condena sin riesgos de absolución, además de mantener una buena imagen pública, y, por último, el Estado, que logra una declaración de culpabilidad sin mayor perjuicio económico, al evitarse la realización del juicio oral.

2.3. Legislación italiana

En Italia, la Legislación procesal establece mecanismos de acuerdo entre las partes a fin de evitar el juzgamiento o abreviar el proceso. Los procesos especiales atienden a éste cometido. El juicio abreviado y "el patteggiamento" se basan en la existencia de un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público sobre la forma y la pena, así como el denominado "Decreto Penal de condena" que apunta a evitar el debate oral.

El procedimiento de aplicación de la pena a pedido de las partes (patteggiamento) es el más parecido al plea bargaining, el acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público se manifiesta sobre la pena, en cuanto a la aplicación de la sustitución de la misma, reducida a un tercio, siempre que en los hechos investigados aparezcan circunstancias atenuantes que así lo permitan o la pena privativa de la libertad no sea superior a dos años (art. 444 de la nueva ley italiana).

El juez antes de emitir resolución final podrá verificar la voluntad expresada en la petición o en el consenso a que se ha llegado, pudiendo disponer la comparecencia del imputado e incluso rechazar la solicitud si las propuestas a que han llegado las partes no son correctas.

También aparecen criterios de oportunidad en el procedimiento por decreto (art.459) y se posibilita el cambio de trámite del procedimiento inmediato o el direttissimo a los ya citados, con igual posibilidad de consenso.

Al Ministerio Público se le faculta para dirigir la indagación preliminar y ejercitar la acción penal, además de otra existencia de un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público sobre la forma y la pena, así como el denominado "Decreto Penal de condena" que apunta a evitar el debate oral.

El procedimiento de aplicación de la pena a pedido de las partes (patteggiamento) es el más parecido al plea bargaining, el acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público se manifiesta sobre la pena, en cuanto a la aplicación de la sustitución de la misma, reducida a un tercio, siempre que en los hechos investigados aparezcan circunstancias atenuantes que así lo permitan o la pena privativa de la libertad no sea superior a dos años (art 444 de la nueva ley italiana).

El juez antes de emitir resolución final podrá verificar la voluntad expresada en la petición o en el consenso a que se ha llegado, pudiendo disponer la comparecencia del imputado e incluso rechazar la solicitud si las propuestas a que han llegado las partes no son correctas.

También aparecen criterios de oportunidad en el procedimiento por decreto (art.459) y se posibilita el cambio de trámite del procedimiento inmediato o el direttissimo a los ya citados, con igual posibilidad de consenso.

Al Ministerio Público se le faculta para dirigir la indagación preliminar y ejercitar la acción penal, además de otras facultades, como la de tener iniciativa en la simplificación del procedimiento mediante la adopción de criterios establecidos, conforme a lo señalado por la legislación italiana.

CAPÍTULO VI

BASE FILOSÓFICA

22

1. FILOSOFÍA DEL DERECHO A PARTIR DE LA RAZÓN

"Nosotros queremos proteger y defender los logros de la modernidad, en especial el racionalismo"¹⁰⁰, por lo que es más que pertinente reivindicar a la razón como el uso adecuado del entendimiento, concibiendo a éste último como el conjunto de facultades intelectivas y sensibles propias de la humanidad, en procura de una mejor *comprensión* de la existencia.

Nótese que le ha sido atribuida a la razón una función develadora de sentidos y perspectivas, que aunadas a un carácter de intersubjetividad y discutibilidad, permitirán dirigir el accionar del hombre a un mejor estadio; en cambio, si el vocablo empleado hubiese sido *explicación*, se estaría ante una definición realmente plana y equívoca de la razón, para la cual son válidas todas las críticas y cuestionamientos que han posibilitado el tránsito de la modernidad hacia la posmodernidad que acusan ciertos pensadores.

Esta equivocada interpretación de los ideales propugnados en el Siglo de las Luces ha llevado a que, por ejemplo, William Ospina presente un pesimista y decepcionante diagnóstico: "Un mundo así reducido a sus manifestaciones más evidentes y a sus mecanismos más útiles, solo promete la muerte del espíritu humano."¹⁰¹

Pero hay que recalcar que el uso de la razón como medio comprensivo o interpretativo tiene entre uno de sus grandes logros la caracterización de los derechos naturales: absolutos, universales y suprahistóricos¹⁰², los cuales una vez refinados desembocaron en el discurso de los derechos humanos.

¹⁰⁰ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho en la posmodernidad. Bogotá: Temis S.A. 2007. p. 19.

¹⁰¹ OSPINA, William. Es tarde para el hombre. Bogotá: Norma S.A. Cuarta edición, reimpresa en 2006. p. 15.

¹⁰² KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Traducida por Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Segunda edición, reimpresa en 2006. p. 68.

2. ³ EUTANASIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ahora bien, concretamente en la filosofía del derecho esta malinterpretación de la racionalidad trajo consigo un exclusivo enfoque lógico-formal, paradigma bajo el cual se desarrollaría gran parte del trabajo filosófico jurídico. En este orden de ideas, el estudio y la discusión se centró únicamente en estructuras lógicas y conceptuales, reduciéndose así la filosofía del derecho a un mero análisis formal, cayendo así en un cientificismo que legitimaría al pernicioso formalismo que aún se encuentra presente en algunos estrados judiciales y que es menester moderar.

Bajo estos supuestos, la filosofía jurídica devino en una teoría general del derecho, desdibujando así su propósito de hallar el derecho justo o correcto. Como bien lo indica el profesor alemán Arthur Kaufmann, cualquier intento de tratar asuntos relativos al contenido del derecho era condenado sin vacilación como anticientífico y antikantiano⁴, merced al tenor político que dichos temas revisten, e igualmente se agregaba que la aplicación del derecho encaja necesariamente en un proceso lógico, una subsunción, por lo que no era necesario acudir a mecanismos extralegales para su formación y ejecución:

"...el proceso de creación jurídica muestra una estructura esencial más complicada, que contiene también momentos productivos, dialécticos, posiblemente intuitivos, en todo caso no exclusivamente lógico-formales, y que el juez nunca infiere la decisión solo de la ley, sino que llega al caso siempre con un determinado preconcepto, establecido principalmente por la tradición y la situación, se ignoró completamente"¹⁰³.

Resulta indispensable ante las deficiencias producidas por esta "visión de túnel", retomar los contenidos subyacentes a toda norma, es decir, el sustrato deontológico y axiológico presente en toda regla positiva, pero sin llegar al exceso de desconocer y descartar la forma fundamental, ya que "...no hay materia sin forma ni forma sin materia...".

Para lograr el cometido de certidumbre jurídica y justicia del derecho, hay que tratar el asunto de estructuras y contenidos desde una óptica conciliatoria y no antitética, toda vez que los conceptos abonan el terreno para una posterior fundamentación de contenidos.

¹⁰³ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Op. cit. p. 49

Es gracias a Gustav Radbruch que la filosofía del derecho retoma su cauce, cual es la búsqueda de la diferencia del derecho justo e injusto. Y como la reducción de la iusfilosofía a una comprensión cerrada de las formas (positivismo jurídico) o de los contenidos (derecho natural extremo) va en contravía de la realidad del derecho en su totalidad, nace como imperativo el encontrar una alternativa distinta, una "tercera vía"¹, a la cual la filosofía del derecho enfilará todas sus baterías con el objeto de delinear de manera más precisa el límite entre lo justo y el entuerto.

3. EL CONCEPTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Es mucho más amplio que el "amor a la sabiduría del derecho". Resulta necesario aunar el discurrir filosófico, caracterizado por ser especulativo, general y transistemático, con el jurídico, logrando así una disertación sobre los fundamentos de la ciencia particular del derecho, mas no de una forma totalizadora, ya que se deja abierta la puerta para la renovación y el perfeccionamiento de sus contenidos.

Así las cosas, es posible definir la filosofía jurídica como "...una rama de la filosofía, no circunscrita a una de las parcelas de las ciencias jurídicas [así se destierra totalmente cualquier eventual confusión con la teoría general del derecho], que persigue una aproximación intelectual al fenómeno jurídico desde un horizonte omnicomprendivo"¹⁰⁴ y que además cuestione el conocimiento producido por el jurista y al derecho positivo. De la definición ofrecida por el profesor Agudelo salta a la vista que la filosofía del derecho aborda los problemas fundamentales del derecho mediante un ejercicio crítico e integrativo de otras disciplinas afines al conocimiento jurídico, además de las categorías ofrecidas por la dogmática jurídica.

Empero, dicha conceptualización puede ser vista por algunos sectores como metafísica, toda vez que su télos es el derecho justo que debe ser. Esta aparente dificultad de derivar juicios deontológicos partiendo de premisas ontológicas es lo que se ha denominado como **falacia naturalista**. Ésta es conciliada a través de los derechos humanos, pues es un referente de lo que el

¹⁰⁴ AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. Bogotá: Leyer. Segunda edición, 2006. p. 14,

³ derecho debe aspirar a ser, sin recurrir a argumentaciones emotivas o irracionales. Baste agregar que este análisis ha de partir desde una visión tridimensional del derecho, es decir, donde esté la realidad jurídica considerada como norma, hecho social y valor.

4. CARACTERES DEL ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO

Sin perjuicio de que el maestro de Munich, Arthur Kaufmann, haya aseverado que el objeto formal de la filosofía del derecho es indefinido por tratarse de la realidad jurídica en toda su extensión, ello no obsta para que el estudio filosófico jurídico sea de carácter concreto, ya que a través de éste es dable conciliar validez y eficacia normativas con las otras dos dimensiones: justicia {dimensión valorativa} y legitimidad (dimensión fáctica). Es de esta manera que el discurso normativo puede desbordar el ámbito de la supuesta legalidad sacrosanta, pues su fundamento último en determinadas concepciones materiales otorgará la aceptación tan necesaria e inseparable a un poder que pretenda erigirse como jurídico.

Así mismo, es una actividad de corte racional, polemizadora y cuestionante, pues también propende por "...el concepto de derecho, (...) las posibilidades de conocimiento de su objeto y (...) define unos criterios mínimos a los que en el orden axiológico ha de aspirar el derecho..."

En la búsqueda del concepto del derecho, no persigue establecer una noción única, definitiva y absoluta, todo lo contrario: pretende brindar elementos de juicio pertinentes que sí faciliten dilucidar los múltiples matices que giran en torno al derecho, de manera genérica para así ser aplicables a cualquier sistema jurídico. Las mismas premisas son aplicables en cuanto al conocimiento de su objeto. Pero lo que ha de requerir el mayor esfuerzo por parte de los iusfilósofos es el delineamiento del contenido axiológico, descartado en otras épocas. Es bajo estos supuestos que será posible morigerar la arbitrariedad y el abuso del derecho.

Como ya se indicó, el cuestionamiento dentro de la filosofía jurídica es transistemático, es decir, sale de su propia esfera para penetrar en otros ámbitos donde el derecho o la filosofía también intervienen. En cambio, la dogmática jurídica es intrasistémica, pues su actividad reflexiva no va más allá de su bagaje

conceptual. En este orden de ideas, la filosofía del derecho comparte las mismas fuentes de la filosofía en general, yendo así más lejos que la dogmática jurídica y la teoría general del derecho, previniéndose así caer en un cientificismo o filosofismo. Además no tiene un método formal establecido que deba usarse como único derrotero.

5. JUSTIFICACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Es defendible la iusfilosofía en la medida que es una gran herramienta emancipadora del paradigma formal y legalista dejado por un derecho positivo meramente descriptivo, pues se reitera nuevamente la necesidad de estructuras lógico-formales impregnadas de contenidos justos y legitimadores.

En consonancia con lo anterior, el punto básico que justifica la filosofía del derecho es la racionalidad práctica que ve la luz dentro de un marco reflexivo y que es la sumatoria de lo mejor de las racionalidades formal y material, dándose así un espacio ético y político cuyo norte sea la teoría de la justicia. Es pues, una mirada siempre dubitativa ante lo ofrecido por el derecho positivo o legislado. Y como corolario se desprende que siempre en sus temáticas (ontología jurídica, epistemología jurídica y teoría de la justicia o estimativa jurídica) estará presente una constante actitud cuestionante hacia el ordenamiento jurídico.

Igualmente, el profesor Gregorio Peces-Barba la justifica en primer y principal lugar como un pensamiento crítico e inconformista frente al derecho válido. Agrega también que es una crítica al conocimiento jurídico, a su metodología y la forma de conocer su realidad. Y remata afirmando que en virtud de la filosofía jurídica se somete al derecho al enjuiciamiento concreto y real, para la consecución del contenido axiológico y deontológico que ha de estar presente en toda norma.

6. OBJETO Y TEMÁTICAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En cuanto a su objeto, existen dos posturas. Una de ellas es la ofrecida por Kaufmann, quien aduce que la filosofía jurídica carece de un objeto material, dado el carácter general y omnicomprensivo de la misma, y que en razón de ello el objeto formal (especial perspectiva desde la que se investiga un fenómeno en toda su extensión) es la totalidad del derecho. Desde este punto de vista, el objeto de la

filosofía del derecho es imposible de delimitar, porque abarca toda la realidad jurídica.

La segunda posición es la defendida por el jurista escandinavo Alf Ross, para quien sí es posible identificar el objeto de la iusfilosofía, pero vinculando más a la filosofía como método que como teoría. Aquí hay un punto de divergencia con la concepción kaufmanniana, toda vez que esta concepción no distingue si se usa la filosofía como método o teoría. Volviendo con Ross, desde su punto de vista, la filosofía del derecho no tendría un objeto total o indeterminado sino más bien claramente trazable, a saber, la ciencia del derecho y sus distintas ramificaciones. Así la filosofía del derecho está por encima de la ciencia jurídica, pues aquella cuestiona categorías que en ésta son aceptadas sin más reparos.

El profesor Agudelo asume en su trabajo la postura de Alf Ross, pues para abarcar el derecho procesal en su totalidad es necesario esclarecer su objeto para así dar paso a la labor crítica de la filosofía del derecho procesal. Es por esta razón que surge la necesidad de apartarse de la argumentación ofrecida por el profesor Kaufmann, dada su vaguedad y alto grado de abstracción, no implicando necesariamente una confusión de ciencia y filosofía del derecho, desconociéndose así "...las problemáticas inherentes al ser del derecho y a la justicia, espacios en los cuales el filósofo del derecho asume una tarea compleja de investigación y profundización".

En lo atinente a las temáticas de la filosofía del derecho, éstas habrán de responder dos preguntas capitales, formuladas por el profesor Kaufmann: ¿qué es derecho justo? y ¿cómo se realiza o conoce ese derecho justo? Se desprende, *prima facie*, que la temática de mayor relevancia para este autor, y por razones evidentes, es la teoría de la justicia, de tenor racional y que sirva de contrapeso al derecho positivo. De contera, deberá ser necesario el desarrollo de una teoría relativa a la validez del derecho positivo que permita juzgar si éste es conforme a unas reglas de estricta observancia que le garanticen eficacia y legitimidad.

De otro lado, Norberto Bobbio identifica tres temas esenciales de la filosofía del derecho: teoría del derecho u ontología jurídica, ya que discurre sobre el derecho que es; teoría de la ciencia jurídica, o epistemología del derecho, que diserta sobre las posibilidades en que el derecho puede ser comprendido como fenómeno sensible e intelectual; y teoría de la justicia, relativa al derecho que

debe ser y los valores que le dan vida. En similares términos se expresan los filósofos ibéricos Elias Díaz y Gregorio Peces-Barba.

7. LA NECESIDAD DE UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL

Merced a una fundamentación iusfilosófica, el derecho procesal podrá erigirse como autónomo y único, dejar de ser el "derecho adjetivo" de la normatividad sustancial, dado que el derecho procesal no depende en lo absoluto de aquélla, y *a contrario sensu*, el derecho sustancial no es calificado ni caracterizado por aquél. Así las cosas, una filosofía del derecho procesal ha de reparar el error común consistente en la supremacía del derecho sustantivo, pues la relación entre ambas ramas no debe ser antagónica o excluyente, ni vertical, sino de mutua cooperación y horizontalidad. Es solo bajo estos supuestos que se logrará: una correcta administración de justicia; una idónea materialización de las políticas estatales; y por último, y más trascendental, la concreción de la cláusula social de nuestro Estado de derecho.

Su principal objetivo es brindar una fundamentación racional crítica de los contenidos normativos y otorgar legitimidad al ordenamiento jurídico procesal. Para ello ha de contar con sólidas bases axiológicas y nomoárquicas. Desde la perspectiva rossiana, los temas de la filosofía del derecho procesal serán: la teoría del derecho, se delimitan las bases del derecho procesal al ser estudiado tal cual es y busca la naturaleza del derecho procesal y su ordenamiento jurídico; la teoría del conocimiento jurídico, indaga por los elementos esenciales para abarcar la complejidad del objeto del derecho procesal, sentando su metodología y finalidad; y la teoría de la justicia, en la cual se estudian los institutos procesales a partir de su carga axiológica, teniendo como presupuesto la existencia de un derecho justo.

8. NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL.

8.1. Según Kelsen

No es posible encuadrarla dentro de la norma primaria, ya que no consagra un supuesto normativo vinculado a un acto coactivo sancionatorio. Tampoco la norma procesal es la negación de la condición de la sanción (norma secundaria).

La norma procesal sería para Hans Kelsen un fragmento de norma, o una norma no independiente. Son ellas las llamadas a cumplir la sanción al calificarse el suceso fáctico que es el precepto de la norma.

Es necesario hacer este deslinde desde la concepción dinámica del ordenamiento jurídico, donde éste está compuesto por una serie de actos creadores y aplicadores de normas, pues si se parte de la postura estática no se lograría ningún resultado, ya que el ordenamiento considerado como una urdimbre de normas jurídicas no permitiría diferenciar unas normas de otras. Sería posible así confundir normas sustantivas con normas procesales.

8.2. Según Alf Ross

El autor escandinavo distingue entre normas de conducta y normas de competencia. En las primeras se prescriben parámetros de conducta humana. En cambio, las segundas indican cómo se crean las normas de conducta, estableciendo para ello un poder o autoridad. En este grupo se encuentran las normas procesales, merced a que éstas consagran el discernimiento de los diferentes medios para la actualización del derecho objetivo, y sería la norma jurisdiccional contenida en la norma jurisdiccional contenida en la parte resolutoria del fallo la disposición producto de ese poder de juzgar, dada al aparato jurisdiccional del Estado.

A pesar de lo anterior, Ross deja la puerta abierta para la mezcla e indeterminación de las normas de un sistema, pues asevera que las normas de competencia pueden transformarse en normas de conducta, pues pueden contener directrices que el aplicador de justicia debe considerar. Ha de recalcarse para evitar esta situación, que las normas procesales no regulan conductas objetivas sino procedimientos y trámites para la obtención de una decisión en derecho, por lo que no es dable bajo ninguna circunstancia la confusión en la que incurre este pensador.

8.3. Joseph Raz

Indica que las normas procesales tienen como finalidad el otorgar poderes jurídicos, de tal manera que dichas reglas no configuran un mandato o prohibición sino una facultad.

Ante pone el concepto *razón para actuar*, ante el de la norma, pues considera que la existencia de ésta se encuentra condicionada a su obligatoriedad. Ha de tenerse presente como razón para actuar el presupuesto jurídico que otorga validez y legitimidad al accionar de un individuo. En tratándose específicamente de las normas procesales, las mismas estarían dirigidas a jueces y tribunales, ya que su aplicación por parte de éstos les otorga obligatoriedad, sin acudir a algún argumento etéreo o caprichoso. En consecuencia, es norma procesal toda regla que otorgue capacidad o potestad a un ente específico del poder público (rama jurisdiccional) para crear normas nuevas (resolución del fallo) a través de un método y formalidades específicos enmarcadas dentro del debido proceso.

El poder normativo otorgado por las normas procesales es una capacidad de generar, a través de un acto coactivo, un orden que vincule al sujeto vencido en el estrado judicial al cumplimiento de lo dispuesto por el juez.

Las normas que otorgan poderes son equiparadas a las permisivas, pero las diferencia de las normas de mandato obedeciendo a que las primeras no son razones para actuar completas, dado que regulan un procedimiento sucesivo, y ejecutables solo por el titular del poder para crear normas jurisdiccionales.

En este orden de ideas, las reglas de competencia y de procedimiento otorgan un poder normativo para emitir una decisión justa. Y lo es en la medida en que los participantes del procedimiento tengan la capacidad y aptitud de pronunciarse respecto de lo que es materia de discusión, todo dentro de un sistema normativo institucionalizado.

8.4. Propuesta de Herbert Hart

A juicio del profesor Agudelo, es la más adecuada, pues reducir el derecho a un solo tipo de normas traería como consecuencia la inseguridad y el caos jurídico, en atención a la imposibilidad de identificar unas normas de otras, y en últimas, se imposibilitaría la configuración de un sistema jurídico. Baste añadir que un ordenamiento jurídico de estas cualidades sería incapaz de manejar la ineffectividad de las reglas jurídicas, manifestada a través de su dispersión e incoherencia.

El papel de las reglas de reconocimiento consiste en afianzar el carácter de seguridad jurídica. Las reglas de cambio permitirán la renovación y actualización del ordenamiento jurídico. Y en último lugar se encontrarían las reglas secundarias de adjudicación, en las que encajarían las normas procesales. Estas proposiciones determinarían en lo atinente a la competencia y el procedimiento las reglas de juego de estricta observancia por parte de los sujetos procesales para lograr la solución pacífica y consensual de sus conflictos. Dichas normas de adjudicación también permitirían determinar cuándo una regla primaria ha sido transgredida.

8.5. Piero Calamandrei

La norma procesal regula lo atinente a la forma externa del fallo y los presupuestos para su validez. No tocan nada relativo al tema de decisión, pues éste está contenido en normas sustantivas y sancionatorias.

8.6. Francesco Carnelutti

Sigue un criterio finalista para distinguir entre normas sustanciales y normas procesales, pues aduce que lógicamente tienen la misma estructura. Hablando en términos de dialéctica, la tesis de la norma procesal de Carnelutti es el medio o instrumento para la solución del conflicto o situación de insatisfacción. La antítesis correspondería a la negación efectuada por el resistente, y una vez surtidas las etapas de instrucción y alegaciones, se llegaría a la síntesis, plasmada en el fallo de fondo emitido por el juez.

De otro lado, indica el pensador italiano que las normas procesales componen el conflicto de manera mediata: el proceso se trava cuando al opositor le es notificada la demanda. En cambio, en las normas sustantivas el conflicto se entabla de forma inmediata; tal como sucede, por ejemplo, con la acción de tutela, en la cual, no obstante ser un procedimiento lineal, la litis se configura con solo haberse vulnerado el derecho fundamental accionado. Remata Carnelutti indicando que los supuestos de hecho de las normas procesales son más complejos, habida cuenta de los requisitos y condicionamientos que consagran.

En cuanto a las normas de competencia. Regulan la autoridad conocedora de la materia sobre la que se pronuncian y son de orden conceptual,

toda vez que son proposiciones enunciativas de facultades con las que obra el tercero supraordinado en el proceso. No poseen ni precepto ni consecuencia jurídica.

Sobre las normas que regulan procedimiento. No es posible identificarlas o diferenciarlas de las normas sustantivas, toda vez que tienen la misma construcción lógica. Aplica aquí lo dicho por Carnelutti, por cuanto su supuesto de hecho es mucho más complejo que el de las normas sustanciales. Son solemnes, gracias a que los actos que regulan deben llenar ciertas formalidades o requisitos para que sean válidas, proveyendo así certeza, legalidad y seguridad jurídica.

La doctrina ha trazado tres criterios en virtud de los cuales sería plausible identificar normas procesales y normas sustantivas. El primero de ellos es el del estatuto o sede, es decir, una norma es de carácter sustancial o procesal si está ubicada en un código de dicho tenor. Ello equivaldría a decir que todos los artículos del Código Civil son sustanciales, pero este criterio es impreciso y superficial, pues es bien sabido que en los códigos sustantivos hay normas procesales y, a *contrario sensu*, en los códigos procesales es posible hallar normas sustanciales. Evidentemente, debe ser desechada esta posibilidad.

9. HERMENÉUTICA Y DERECHO PROCESAL

"La labor interpretativa que encierra la hermenéutica exige asociar el comprender a lo vital."¹⁰⁵ El quehacer hermenéutico ha de ser tomado como un estilo de vida, pues los símbolos y textos, no solo escritos sino también audiovisuales, necesitan ser digeridos, procesados y serles otorgados un sentido que permita guiar el actuar. Por ello, la hermenéutica nos es una actividad temporal o instantánea, pues lo que se comprende está en constante mutación. De allí que se hable del círculo hermenéutico, donde lo interpretado es vuelto a interpretar, pero desde nuevas perspectivas y circunstancias que exigen de un nuevo sentido.

A través de la hermenéutica jurídica se logra la concreción del derecho, como indica Gadamer. Marca el vínculo que hay entre hombre y normatividad. Su propósito es determinar el sentido de las normas jurídicas, siendo ello conducente

¹⁰⁵ AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. Op. cit. p. 85

3
a la justicia y al derecho correcto. En la medida que la justicia coincida con la legalidad, la relación entre normatividad y sujeto será fluida, ¿Cómo se desarrolla esta fluidez? Mediante la labor interpretativa en el derecho realizada por el operador jurídico y de la cual, por supuesto, no escapa el derecho procesal. Así lo indica, *verbi gratia*, la sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992 cuando afirma que la relación entre derechos fundamentales e interpretación debe ser realizada por el juez. Con lo anterior se irá construyendo un esquema hermenéutico de los derechos adecuado a la realidad del subdesarrollo latinoamericano, y se avanza en el vínculo Constitución-hecho social¹⁰⁶.

Queda pues claro, de acuerdo con lo preceptuado por la Corte, que la interpretación es vehículo para capturar e identificar el sentido actual de una norma, sin necesidad de hacer altas abstracciones en procura de encontrar la voluntad del legislador o su sentido teleológico y nomoárquico.

Se constituye así, en parámetro de orientación para la hermenéutica, el rechazo por la omnipotencia y sempiterna sabiduría del texto legal. Son evidentes los fracasos de la Exégesis, a pesar de su loable intención de concretar la legalidad propugnada por el Estado de derecho. Resulta en este punto adecuado traer a colación una anécdota que menciona Somarriva en su curso de Derecho civil, donde afirma que en una facultad de derecho francesa un docente afirmó que no enseñaba derecho, sino el Código, refiriéndose a la compilación napoleónica de 1804.

En la hermenéutica contemporánea debe tomar la batuta el individuo en toda su extensión, pues su subjetividad, inherente e inescindible de su ser, lo llevará, aunado a su bagaje intelectual, a otorgarle al texto legal el sentido justo y en derecho que requieren las especificidades del caso particular. No tiene lugar aquí una aislada verificación empírica del supuesto de hecho con la consecuencia jurídica plasmada en la norma-regla (subsunción).

Se concluye este acápite brindando unas reglas pueden ser pauta orientadora dentro de la labor interpretativa en derecho procesal:

- Más eiségesis -buscar lo oculto en los textos- que exégesis;
- Acudir siempre a la kénosis, es decir, tener en cuenta las particularidades

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de cinco de junio de 1992. Magistrado ponente: Doctor Ciro Angarita Barón.

del caso concreto y no tanto las generalidades de la ley;

- Recordar constantemente el carácter instrumental de la norma procesal: ella es un medio y no un fin;
- Aplicar los principios de la normatividad principal y darle más importancia a la ponderación;
- Interpretar de manera extensiva, restrictiva, declarativa o sistemática;
- El juez es también creador de derecho; y
- "Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria"¹⁰⁷

10. ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL

Ante el cúmulo, la urdimbre de normas jurídicas existentes dentro de un ordenamiento es muy posible que existan disposiciones que friccionan entre sí, aunado a una deficiente técnica legislativa y constante producción normativa; generándose así caos e incertidumbre, de los cuales el derecho procesal no está eximido. Dichas situaciones son conocidas como antinomias y existen cuatro criterios que permiten subsanarlas, saber, la jerarquía (prevalencia de la norma de mayor rango); la cronología (rige la norma vigente actual o más reciente); competencia (que determina qué autoridad puede conocer de determinado asunto); y la especialidad (el caso particular desarrollado absorbe al general).

Ante la textura abierta de la norma, tampoco es posible hablar de un orden jurídico pleno, pues en muchos casos el derecho no puede ni debe regular todos los casos de la vida práctica, especialmente lo último, pues ello facilita la intervención de la voluntad y evita que el derecho degenera en un causalismo propio de las ciencias explicativas. Para solventar esta ausencia de regulación o anomia, existen varias herramientas que le pueden servir al operador jurídico para solucionar el problema no normado: la equidad, que es el justo equilibrio que debe regir en las relaciones humanas; los principios generales del derecho, proposiciones bajo las cuales subyace una regla de solución, y la analogía, que consiste en un ejercicio comparativo y no de conclusión lógica, entre lo

¹⁰⁷ SANCHÍS, Prieto. Citado por Miguel Carbonell: Neoconstitucionalismo Isl. Madrid: Trotta. 2003. pp. 131-132.

desconocido y lo conocido, siendo éste el portador de la salida de aquél. Como afortunadamente lo afirma el profesor Kaufmann, opera de forma circular¹⁰⁸, pues se equipara los rasgos comunes de lo conocido y lo ignorado para obtener así un arreglo similar o análogo para el caso no regulado.

Se diferencian dos tipos: la analogía *legis*, o de ley, consistente en comparar lo anómico ante una norma que sí le atribuye un efecto jurídico a la conducta o supuesto de hecho similares. En contraste, la analogía *juris* "... comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de las cuales comprende la situación sub judice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación."

Más adelante la Corte sostiene que en virtud de esta operación mental el orden jurídico es pleno, toda vez que es llenado mediante el mismo texto legal, situación que a nuestro juicio es un tanto forzada pues pretende hacer prevalecer la idea iuspositivista del ordenamiento jurídico total y completo. Por otro lado, solo es dable en tanto que entre el hecho no normativizado y el que sí lo está debe existir siquiera un viso de similitud o equiparabilidad, un *tertium comparationis*.

Cabe preguntarse: ¿y qué sucede con aquellas situaciones en las que no existe ese punto de comparación? En la ya citada providencia T-406 de 1992 se argumenta como característica del Estado social de derecho la capacidad del juez de crear derecho, de tal suerte que no es principalmente la ley, sino la hermenéutica la llamada a solucionar los problemas de anomías.

11. PRINCIPIALÍSTICA PROCESAL

Los principios tienen como fundamental objeto dotar de legitimidad a las reglas procesales, al prescribir mandatos deontológicos que según su grado de desarrollo y aplicación permitirán que la función jurisdiccional se ejecute sin tropiezos, apuntando a la realización del derecho sustantivo.

Un principio es una orden de contenido filosófico-jurídico que prescribe que algo debe ser realizado en la mayor medida de lo posible, tanto fáctica como

¹⁰⁸ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Op. cit. p. 151.

³ legalmente. No son obtenidos de la mera inducción ni se constituyen en simples criterios auxiliares o interpretativos. Tienen una fuerza normativa propia que, atendiendo a las particularidades de cada situación concreta, puede ser posible su aplicación directa, cuando ha sido descuidado un principio de rango constitucional por una norma, siendo factible descartar la aplicación de ésta.

La regla posee un mandato definitivo, que debe realizarse de la forma que ella prescribe. Obedecen a la configuración del "todo o nada". En cambio, un principio se materializa en cuanto las situaciones de hecho y de derecho lo permitan. Corolario de lo anterior es que la norma se satisface o no; mientras que en el caso de un principio, su surtimiento puede ser gradual. Es también característica propia de los principios su aplicación vía ponderación, mientras que las reglas se subsumen.

En virtud de que cada principio tiene un peso relativo, la tensión entre principios se soluciona determinando cuál es el más importante o sólido. Sin embargo, la inaplicación del principio vencido no traduce su exclusión del ordenamiento, lo cual si sucede en tratándose de reglas jurídicas.

Concretamente, en el tema procesal los principios son normas con capacidad de creación de reglas procedimentales y que a su vez determina la política procesal estatal. Igualmente, orientan la actividad legislativa procesal. Son cánones iluminadores de la función jurisdiccional, aplicados mediante la intermediación de una norma positiva, reforzándose así la seguridad jurídica.

³ 12. LA VERDAD PROCESAL

El racionalismo, imbuido por el esencialismo, tuvo como verdad un concepto inmutable y absoluto, en el que variables como la historia y la conducta humana quedaban por fuera. La filosofía del derecho procesal descarta de plano esta visión tan estática y dogmática, por lo que es necesario darle entrada a una noción de la verdad que tenga al hombre como protagonista, siendo necesario que tenga un carácter dinámico que le otorgue una adaptabilidad a circunstancias de tiempo, modo y espacio.

12.1. Aletheia, ventas

³ Se ha indicado que el derecho procesal al manifestarse mediante proposiciones jurídicas, no es dable predicar de ellas su certeza o veracidad. ¿Cómo es posible alcanzar la verdad en el conocimiento del derecho procesal? Si se acude a criterios de justicia o de bien, no se lograría nada tampoco, dadas su vaguedad y polisemia. Queda como alternativa la hermenéutica, toda vez que un paradigma escéptico, pragmático o científicista no permite una elaboración de contenidos con vocación de verdaderos, dada la cortapisa con que cada uno de ellos parte.

12.2. Poder, derecho y verdad desde la visión de Michel Foucault

El polémico filósofo galo entiende al derecho como una institución social de carácter práctico, por cuanto establece relaciones de poder y patrones de conducta de los individuos pertenecientes a un Estado. Por lo anterior, el derecho ya no es elemento característicamente racional, en atención a que el mismo en muchas ocasiones cercena el arbitrio interno del individuo para hacer que su conducta sea legítima y válida ante las instancias del poder.

"La sociedad interferida por el fenómeno jurídico es explicada desde una diversidad de poderes que se tejen en ella y que gestan su estratificación; y a través de sus órganos de aplicación o de declaración frente a los casos concretos, como sucede con los jueces. Solo desde este horizonte de comprensión se entiende que los sujetos aplicadores de leyes son quienes (...) fijan las pautas que delimitan lo verdadero."¹⁰⁹

Se desprende fácilmente del anterior fragmento que el derecho es un instrumento de poder, pues consagra formas de represión y sujeción que el Estado emplea hacia sus coasociados, ocultos ellos bajo el manto de una presunta legitimidad contractual expresada en la Carta Política. Así las cosas, el derecho obedece más a una estrategia que a la implantación de un orden de convivencia justo y pacífico.

No es posible afirmar tampoco que el poder es una estructura carente de conocimiento, pues detrás de él persiste una lucha por el saber, pues será el mayor o menor manejo del mismo lo que permitirá que un sujeto se imponga ante

³
¹⁰⁹ AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. Op. cit. p. 145.

3 otro. En efecto, cobra mucha relevancia el popular adagio de que "el conocimiento es poder".

Así concebido el poder, a partir de la dominación por medio del conocimiento, el mismo permea todos los espacios de acción del hombre: trabajo, educación, vida familiar... pues el poder no es solo de corte vertical o jerárquico, sino también horizontal, dada la microfísica que lo dinamiza, gracias a que el poder se expande en múltiples direcciones, a través de relaciones de particularidades. Es puesto en marcha a través del discurso, el cual propaga el conocimiento y eventualmente se transforma en mecanismo de manipulación: "Las formas discursivas entrelazan el poder y el saber: son puente de expresión de las realidades jurídicas, En este contexto, todo discurso jurídico refleja mecanismos de poder y de control).¹¹⁰

En consecuencia, poder y derecho se vinculan para normalizar la conducta subjetiva, y también para legalizar el poder mismo y las relaciones que produce.

Teniendo en cuenta la microfísica del poder, la soberanía no es el aspecto fundamental del poder, sino los procedimientos de dominación y sujeción, mirando de forma indiferente los fines perseguidos. Entonces, ¿es el proceso jurisdiccional una técnica de manipulación u opresión? Efectivamente, las prácticas jurídicas denotan un control respecto de los individuos que se someten a ellas, toda vez que se rige por una serie de reglas preestablecidas y de obligatoria observancia, las cuales a su vez revelan una conexidad entre el hombre y la verdad, en atención a que la norma jurisdiccional contenida en el *decisum* de la providencia indica qué datos o hechos son falsos o verdaderos, a qué parte le asiste razón, entre otros. Respecto de la pregunta antes formulada, el proceso jurisdiccional si sería un mecanismo opresor, en atención a que el juego hermenéutico y epistemológico tras la aplicación del derecho, o su acceso, pueden convertirse en expresión de supremacía y subyugación, dado el subjetivismo y los intereses que están presentes en un litigio.

La sentencia es el momento cumbre del proceso, donde es revelada la verdad que dialécticamente fue hallada en el transcurso del mismo. Siendo el fallo el momento por antonomasia de la verdad procesal, ésta debe ser abierta y con

¹¹⁰ AÚDELO RAMÍREZ, Martín. El Poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre. Una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio. Bogotá: 2006. Temis S.A. p. 117.

vocación aproximativa y no absolutista o dogmática; en razón a que el juez asume el conocimiento del litigio con una serie de prejuicios o precomprensiones de los cuales no puede deshacerse y que incidirán, directa o indirectamente, en todo su desenvolvimiento. Una verdad total es solo un ideal.

La verdad procesal tiene su génesis en la etapa confirmatoria del proceso, en la cual aceptadas o descartadas las afirmaciones y negaciones hechas por el demandante y demandado, respectivamente. El juez tiene un papel clave al momento de analizar y discernir sobre el material probatorio aportado por las partes. La decisión es válida en la medida que haya existido amplia participación y con plenas garantías de ambas partes. El tallador no solo deberá convencer a éstas, sino también a un auditorio universal, siendo indispensable acudir a una argumentación social y razonable.

13. LA PENA Y EL CONTROL SOCIAL

La pena surge como indiscutible limitante de las garantías individuales y sociales de las que gozan los gobernados, pero dicha restricción va de la mano con la necesidad imperante de defender los bienes jurídicos o de propender por la conservación del ordenamiento, según como se mire. Es así como las funciones con las que ha sido revestida, han sido radicalmente marcadas por los distintos modelos de Estado, lo que a su vez ha matizado las propias legislaciones, otorgándole un aire particular a las mismas, desde el uso de la norma como intimidación hasta su empleo como un instrumento motivador.

13.1. Legitimidad del derecho penal y de la pena

"El Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección"¹, y que funge como resultado de la necesidad pasada, presente y futura de ejercer un control social sobre los comportamientos jurídicamente reprochables. Dichas afirmaciones no implican el desconocimiento de otros núcleos que ejercen la misma labor -la familia, la ocupación profesional, el colegio, la universidad, el barrio, los grupos sociales,

¹ROXIN, Claus. (1997). Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Traducción de la segunda edición alemana. España: Editorial Civitas, p. 41.

etc.-, sin embargo la diferencia radica en que los mismos llevan a cabo una delimitación informal y de comportamiento privado entre ciudadanos iguales, lo que no sucede con la intervención del Estado¹¹².

En efecto, la renuncia a la libertad absoluta del individuo a favor de la propia seguridad -véase Thomas Hobbes, Jhon Locke, da paso a la facultad de evitar y corregir determinados comportamientos que puedan atentar contra ese deseado status de bienestar común, autorizando para tal fin, el empleo de mecanismos de amenaza y limitación de los derechos fundamentales a través de la imposición de las sanciones que para el caso analizado, se hayan contemplado.

Ese monopolio se justifica en la medida en que el peligro sea de tal entidad como para que aquellos sean relativizados, circunstancia que tampoco puede tenerse como excusa para la imposición arbitraria del castigo ya que es esencia del Sistema Liberal y contemporáneo, el respeto por las garantías del ciudadano. El Derecho Penal sólo determina las penas o medidas de seguridad que pueden imponerse en un proceso judicial penal.

No obstante, la realidad es muy diferente porque nos encontramos en un contexto donde la función de la pena es completamente relativizada y cuyos victimarios son sujetos a puniciones ínfimas, en el mejor de los casos, porque la otra cara de la moneda se cristaliza cuando la escasez económica del procesado no alcanza para una adecuada defensa técnica y finalmente es condenado a pagar una pena mayor a la merecida. ¿Retribución? Muy poca o demasiada. ¿Prevención General y Especial? Completamente distorsionada ante la idea de que cualquier delito es "maneable" si se cuenta con un buen abogado. Resocialización? Absolutamente olvidada.

Es la norma -principio de legalidad - el baremo que limita el ejercicio de las potestades previstas en caso de materializarse alguna trasgresión del ordenamiento vigente, describiendo las conductas típicas sancionables y haciendo las veces de marco regulador de la actividad estatal, de modo que las

¹¹² MIR PUIG, Santiago. (2004). Derecho Penal, Parte General. Séptima edición, Buenos Aires: Editorial B. de F.; Miralles, Teresa y otros. (1983).

autoridades encargadas de mantener el statu quo no pueden ir más allá de dicha consagración.

⁸ Es aquí cuando el concepto de Derecho Penal Subjetivo entra a jugar un papel importante, entendiendo éste como el ius puniendi, o la potestad que tiene el Estado para declarar como punibles ciertas conductas a las que impone pena o medidas de seguridad, para ejercer la violencia legítima y justificada.

En "El contrato social", Jean Jacques Rousseau afirma que el delincuente niega ese pacto social al que previamente se ha adherido, poniéndose en contra suya, rompiendo el compromiso y dejando de ser parte de la organización común a todos, razón por la cual debe ser aislado y tratado como un perturbador. Ese mismo contrato social al que ha llegado después de renunciar a la libertad absoluta, es el que legitima la facultad sancionadora de la que se habla.

Así lo sostuvo César Beccaria, al afirmar que sólo el legislador puede determinar cuáles son las sanciones adecuadas para cada delito, ya que sólo él representa a quienes convinieron el mencionado pacto, siendo dicha legitimidad -a su vez- la fuente de limitación del ius puniendi, porque lo que sobrepase las fronteras del acuerdo es lesivo del ordenamiento y de las prerrogativas de los asociados.

Otro pensador que cuestionó sobre el mismo tema fue Emmanuel Kant, en su obra "La Metafísica de las Costumbres"¹¹⁵. Para Kant: "junto a esa concepción de legitimidad de una ética social utilitaria, orientada hacia la felicidad de los hombres, se encuentra la concepción de legitimidad basada en una ética social racional, que también adquiere un carácter absoluto, aunque se aparte de una concepción divina. La legitimidad del ius puniendi adquiere un carácter absoluto, no en el sentido de lo dogmático divino, sino en razón de lo absoluto de los principios ético-sociales. En otras palabras, mientras que en un sistema absoluto, divino o no -en este último caso la fuerza será la última palabra o razón- no tiene sentido plantearse la cuestión del ius puniendi. si lo tiene en un Estado de derecho, y de ahí entonces que hayan surgido diferentes concepciones.

¹¹⁵ KANT, Emmanuel. (2006). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Barcelona: Editorial Ariel

⁹ Es decir, el ius puniendi varía en su legitimidad y configuración según la forma de Estado, es una cuestión estatal y en el Estado de Derecho necesariamente tendrá que haber una justificación jurídico - estatal¹¹.

⁸ Afirmaba, en forma bastante rigorista, que el Estado es el único con la facultad de castigar y que más que un señorío, era un derecho, el derecho que tiene todo soberano de emplear el dolor para castigar al subdito que ha trasgredido la ley, sin que haya modo de que, a su vez, sea controlado o reprendido, de modo que sólo hay una forma de evitar la pena, y es sustrayéndose a la injerencia del gobernante.

Las penas no pueden ser mecanismos sin razón que arrasen con el ser humano para lograr un bien final, una meta social definida o una armonía comunitaria. El hombre no puede ser "cosificado" como un experimento para enseñar a la comunidad que la norma no puede ignorarse, la pena es un fin en sí mismo. La pena jurídica no puede nunca aplicarse como un mero medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe siempre serlo porque jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro ni ser contado en un número de las cosas como objeto de derecho real, ya que su personalidad natural innata la protege contra tal ultraje. aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil. La pena no puede ser simplemente 'un mal con el cual la ley amenaza la realización de un hecho y que se impone cuando al hecho ha tenido realización'".

¹² Por otro lado, mucho se ha hablado en torno a la verdadera función del Derecho Penal, asignándole, en la mayoría de los casos, una relativización de la misma según el modelo de pena -y de medida de seguridad- que se adopte, ya que las mismas son las formas de expresión por excelencia, que tiene un Estado para ejercer su labor de control social. Y es así como a pesar de las distintas teorías de los fines -debería más bien hablarse de funciones, ya que se trata del papel que está desarrollando cada una, y no el objetivo que busca alcanzar con su imposición, que sería el mantenimiento del ordenamiento vigente mediante la

⁷⁵ ¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (2005j). Introducción al Derecho Penal. Tercera Edición, Bogotá: Editorial Temis.

¹² ARBOLEDA RÍPOL, Fernando. Funciones de la Pena en la Nueva Constitución. Publicado en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. N° 2, enero a marzo de 2003, p. 21.

⁷⁹ protección de bienes jurídicos, acorde con la prevención general positiva de Jakobs⁸, la meta que se busca alcanzar siempre será mantener "adecuada, vigilada y limitada" la conducta del individuo y la sociedad, sea pagando su falta con base en la consabida ley del "ojo por ojo, diente por diente", buscando una discutida expiación de las culpas, intimidando a la sociedad, aislando al criminal para proteger a la comunidad que lesionó o pudo dañar, o por el contrario reeducándolo para la vida en común, en un ambiente propicio y en una forma justa.

A diferencia de lo que sucedía en Sistemas Totalitarios y Absolutista, el Estado Social de Derecho debe justificar la imposición de una pena, o más bien, la limitación o restricción de las libertades que tanto dice garantizar y es aquí donde la naturaleza de cada bien jurídico protegido cobra vital importancia y surge una relación de interdependencia que viene a indicar hasta donde podrá llegar la mano sancionadora. Así las cosas, y por lo menos 'idealmente', cada intervención del ordenamiento deberá ir en consonancia con el alcance de cada bien jurídico. De esta forma, el sistema penal estará legitimado cuando todas y cada una de sus intervenciones lo esté¹¹.

14. LÍMITES DEL DERECHO PENAL

⁸ La importancia del Derecho Penal estriba en que éste funge como último mecanismo -última ratio- al cual puede acudir el Estado con el fin de corregir una circunstancia que considera anómala o lesiva para los bienes jurídicos que protege y para sus intereses, razón por la que el ordenamiento tiene la obligación de explorar otras vías a través de las cuales pueda subsanar la irregularidad que se ha presentado. Para salvaguardar a sus ciudadanos, es imprescindible agotar todas las herramientas de que dispone, trátase de controles formales e informales, herramientas que deben ser lo menos restrictivas de derechos y garantías fundamentales y que imponen el empleo de otros caminos que en lo posible no constituyan sanción de algún tipo, de modo tal que cuando ninguno de estos cumpla con su cometido -ineficaz-, si cabrá la necesidad de utilizar el Derecho Penal.

⁷⁸ "DE LA CUESTA AGUADO. Paz M. "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", versión del artículo publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología VJ, 1996, pp. 137 a 191.

⁹ "El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de 'máxima utilidad posible' para las posibles víctimas debe combinarse con el de 'mínimo sufrimiento necesario' para los delinquentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible".

¹⁰ La intervención del Derecho Penal debe ser mínima, inmiscuyéndose sólo en aquellos casos en que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de gran trascendencia, sea grave. Tal característica lo hace subsidiario y fragmentario¹⁷, es decir, que sólo se hace presente ante las infracciones que otras vías no pueden resolver; y además, que sólo se ocupa de lesiones realmente graves por lo que no es dable acudir a él en cada ocasión, sino sólo frente a determinadas situaciones significativas muy definidas.

¹¹ Como se dijo, el ius puniendi del Estado no es una prerrogativa absoluta e incontrolada, razón por la que es fundamental considerar una serie de límites que vendrían a restringir el libre ejercicio de dicha facultad. Inicialmente, tales delineamientos fueron propuestos por Beccaria al interior del contrato social, consideración que salvo ciertos replanteamientos se ha mantenido vigente. La condición de última ratio del Derecho Penal implica que debe desarrollarse dentro de un marco muy preciso, señalado con los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, necesidad, justicia y recursividad:

- Será subsidiario por cuanto siempre debe preferirse aquel mecanismo que imponga una consecuencia menos gravosa para el sujeto. Así lo manifestó Enrique Gimbernat: "a un recurso tan radical como la pena solo se debe acudir cuando el comportamiento se aparte, radicalmente también, de lo que exige el orden social"¹².

¹⁷ RODRÍGUEZ PEÑA, María Victoria. ¿2004J. El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano. Bogotá: Academia Colombiana de la Abogacía. ¹² GIMBERNAT, Enrique. (1999). Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal. Madrid: Editorial Tecnos, p. 28

- Será proporcional cuando la pena sea equivalente a la gravedad de la conducta en que haya incurrido el individuo o individuos.
- Será necesario cuando la persona esté en tales condiciones que sea imperativo imponerle una sanción, como por ejemplo, necesidad de resocialización, gravedad de la conducta, reincidencia.
- Será abierto cuando contemple la posibilidad de acudir a mecanismos alternos para resolver el conflicto, como sucede en los delitos contra el patrimonio económico.

Sin embargo, la línea que separa lo que puede hacer el Estado para defender los bienes jurídicos y lo que ya se torna excesivo, es considerada por muchos, como delgada y casi ininteligible. Precisamente esta ha sido la justificación de regímenes totalitarios para emplear campos de concentración y la pena de muerte en un sistema que puede fallar.

Jesús María Silva Sánchez afirma que el Derecho penal está en la obligación de cumplir con el objetivo de atenuación de la violencia social y la propia violencia punitiva del Estado. Dicha reducción tiene lugar de dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios de garantías individuales¹¹⁹.

Algunos tratadistas han señalado que los límites que se impongan al Derecho Penal deben ser externos a este y no deben tener otra finalidad que no sea la de restringir el poder punitivo del Estado. Así lo consideró Paz de la Cuesta para quien las fronteras externas pueden ser tácticas y normativas o jurídicas. Límites tácticos son los que derivan del equilibrio de grupos de poder en un sistema democrático. Límites normativos o jurídicos son los que derivan del propio sistema jurídico, entre los que destaca en primer lugar la Constitución, seguida por principios acogidos como garantistas y limitadores en un sistema jurídico tales como el principio de intervención mínima, de culpabilidad, etc. Ahora bien, los límites derivados de estos principios son más teóricos que prácticos y sólo serán plenamente eficaces si las circunstancias del caso favorecen su aplicación.

15. FUNCIÓN DE LA PENA Y MODELO DE ESTADO

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ; Jesús María. (1999). La expansión del Derecho Penal. España: Ed. Civitas.

¹² No es posible analizar la función y la finalidad que tendrá la pena sin definir en qué sistema estatal se ha impuesto, porque de la naturaleza de éste dependerá la delimitación y ejecución de aquella.

15.1. Estado Absolutista (Siglos XVI a XVIII)

¹³ Surgió al occidente del continente europeo posterior al régimen feudal imperante en el Medioevo. Inicialmente se centró el sistema de dominación semifeudal, donde el Estado y el soberano constituían una sola persona, con marcada influencia religiosa hasta el punto en que era confundida con el Derecho y la ley y puesto que el rey era la voz de Dios, la ley de la tierra era igual a la ley de los cielos.

El control del poder era total e ilimitado y recaía en cabeza de una sola persona, con un ejército por él dirigido, organización jerárquica, un sólo orden jurídico, tributación excesiva y unilateral y completa dependencia del individuo con el Estado, reforzada con un contrato por cada vasallo, con negación de sus libertades y derechos en pro de la conservación de la seguridad y estabilidad soberana. La Iglesia se encontraba totalmente subordinada a los intereses del monarca. Así mismo, el soberano no sólo era el legislador, sino que también hacía cumplir la norma y administraba justicia, el pago de impuestos

La sociedad estaba distribuida por estamentos:

- Los nobles: Conformado por la aristocracia de la época, familias con dinero, abolengo (títulos reales) y posición social. Suscribían un convenio con el soberano consistente en la entrega del poder que ostentaban, a cambio de seguridad, tierras y riquezas. Ocupaban altos cargos, políticos, religiosos y militares y no pagaban impuestos.
- El clero: Gozaban de múltiples privilegios e influencia, no pagaban impuestos y poseían gran cantidad de bienes. Cambiaban seguridad y riqueza para favorecer y apoyar los intereses del monarca.

- La burguesía: En su mayoría estaba constituida por comerciantes e intelectuales que no gozaban de privilegios salvo los adquiridos por matrimonio o compra de títulos nobiliarios.
- El campesinado: Conformaban la mayor parte del grupo social, no tenían prebendas ni libertades, eran maltratados y componían la base económica del Estado.

¹¹ En el Estado Absolutista, la pena sólo tenía una función, castigar la comisión de un pecado, imponer un mal para retribuir una ofensa directa a Dios porque quien trasgredía las normas del rey, trasgredía los mandatos divinos. El soberano está facultado para imponer las sanciones puesto que él como representante de Dios en la tierra -hecho a su imagen y semejanza- está en la obligación de reprender las conductas que atenten contra el Señor, de modo que lo que se castiga es su rebelión en contra del Estado y del rey, de Dios en último término¹²⁰,

Acorde con la marcada influencia religiosa de la época, este estadio podía leerse claramente en la el capítulo trece, versículo 1 de la carta de San Pablo a los romanos:

³¹ "Toda alma se someta á las potestades superiores; porque no hay potestad sino de Dios y las que son de Dios son ordenadas. Así que, el que se opone á la potestad, á la ordenación de Dios resiste: y los que resisten, ellos mismos ganan condenación para sí. Porque los magistrados no son para temor al que bien hace, sino al malo. ¿Quieres, pues, no temer la potestad? Haz lo bueno y tendrás alabanza de ella porque es ministro de Dios para tu bien. Mas si hicieres lo malo, teme: porque no en vano lleva el cuchillo: porque es ministro de Dios, vengador para castigo al que hace lo malo. Por lo cual es necesario que le estéis sujetos, no solamente por la ira, más aun por la conciencia. Porque por esto pagáis también los tributos: porque son ministros de Dios que sirven á esto mismo. Pagad á todos lo que debéis: al que tributo, tributo; al que pecho, pecho, al que temor, temor; al que honra, honra."

¹²⁰ BERGALLI, R. y otros. (1983). ¹² El pensamiento criminológico]. Estado y control, Bogotá: Editorial Temis, pp. 11,

¹² Posteriormente fungió como Estado de transición, con un desarrollo acelerado del comercio y el ascenso de las clases medias y trabajadoras, evolución que llevó al marcado capitalismo y a una fuerte interrelación entre las penas a imponer y las tendencias socio-económicas, siendo determinante al momento de definir los castigos que generalmente consistían en trabajo físico en las minas y los centros de producción agrícola y manufacturera, explotación de mano de obra sin ningún costo para el soberano ni la burguesía, impulsando así la economía de la nación pero desnaturalizando a su vez, la legitimidad y eficacia de la misma pena.

La Ilustración mermó la autoridad tradicional, planteando nuevas teorías de gobierno y desestabilizando el sistema vigente. Este evento ocasionó que poco a poco fuese desapareciendo la identidad entre Dios, soberano y ley, cimentando el Estado Liberal Burgués.

15.2. Estado de la Burguesía (Siglos XVII y XVIII)

¹² El Estado Liberal surgió después de la revolución francesa (1789) como respuesta al inconformismo existente frente al Sistema de Monarquía Absoluta, y en parte gracias al trabajo de pensadores de la Ilustración como Juan Jacobo Rousseau y Montesquieu, quienes criticaron la sociedad vigente e impulsaron una transformación política y social, coincidente con la Revolución Industrial.

El Estado Liberal se caracterizó por la definida separación entre el concepto de Estado y el de Sociedad, concibiéndolos como esquemas independientes y autónomos, claramente limitados entre sí. Mientras la sociedad es de creación propia y natural, el nacimiento del Estado es artificial, estriba en la razón y decisión de otro, es el poseedor del control necesario para que la primera no se destruya. Por otro lado, las necesidades que el comercio presentaba en esa época, hizo forzosa la adopción de políticas de libre mercado en que la mano de obra era el pilar fundamental que sostenía el sistema, propendiendo siempre por explorar mecanismos que permitieran multiplicar el trabajo manual.

Una vez superado el absolutismo, la burguesía contaba con las herramientas indispensables para el crecimiento de la economía, propendiendo por el aumento de los bienes de producción: tierra, trabajo, capital. Sin embargo

para acordar la manera en que los mismos operaría, se hizo preciso asegurar a los propietarios de la mano de obra -los trabajadores- contaban con las garantías suficientes por parte de los dueños de la riqueza, enmarcados en un contexto de libertad y equidad. Construidas con base en las ideas de libertad, propiedad y seguridad, las garantías fundamentales eran consideradas como inalienables e inherentes al ser humano y delimitaron el marco de acción del poder estatal ante eventuales arbitrariedades de su parte. Surge así una conciencia del respeto por los derechos y las prerrogativas de los ciudadanos y la obligación del Estado de salvaguardarlos y limitar su poder, lo que sólo podía suceder dentro del margen de un contrato social común a todos.

El Estado burgués liberal es por excelencia el dominio político que la sociedad capitalista encabezó, dirigiendo las fuentes de producción y propendiendo por el respeto a la propiedad privada y a la libre competencia mercantil, respetando la propiedad privada. Sin embargo, fue criticado por su concepción de "Gendarme", un policía que se dedicaba únicamente a vigilar el cumplimiento de las leyes del mercado, sin intervenir en su evolución ni en su trasgresión. El ideal es "laissez taire, laissez passer".

Otro de los pilares que sostienen al Estado Liberal es el principio de la tripartición de poderes, con Charles-Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, como vocero. La única manera de controlar el poder absoluto, es acudir a otro poder de igual extensión y naturaleza y por lo tanto, este tiene que dividirse en tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que además ejercen "freno y contrapeso" entre sí, desempeñando su función en el marco de la reserva legal y el imperio de la ley, la autonomía de los funcionarios judiciales y el debido proceso.

Como consecuencia de la evolución comercial y el marcado matiz mercantil que adquirió el Estado Burgués, donde el trabajo pasó a ser el elemento de producción por excelencia, las penas impuestas debían ir en consonancia con la tendencia de la época. Es así como, el aspecto sancionatorio empezó a recaer sobre el alma, la mente, el espíritu, sobre el valor de las fuerzas de trabajo como ingrediente fundamental del sistema que se había constituido, sobre las desventajas que implicaba el dejar de recibir un sustento.

En efecto, la labor diaria era considerada el bien más valioso porque se constituye como lo único que con seguridad se puede ofrecer en el mercado, de modo que si el individuo era privado de la libertad, no podría desempeñar un oficio y, por lo tanto, no estaría en condición de recibir una contraprestación por el mismo. Esta modalidad de pena había sido ensayada en el Estado Absolutista de transición -como se señaló-, al asilar a los reos en casas de trabajo, granjas, fábricas y minas. Inclusive, Jeremías Bentham así lo indicó en su momento al sostener que la pena debía representar un valor de cambio, la relación existente entre costos y beneficios equivalentes al paralelo entre el tiempo de privación y la pérdida de la remuneración debida.

En otras palabras, si el delincuente es consciente que si incurre en conducta penalmente sancionable será exiliado de la sociedad, confinado a un centro, aislado del comercio, no tendrá la posibilidad de ejecutar una tarea que en alguna forma le será reductible y, por lo tanto, el delito dejará de ser atractivo para él. Así las cosas, puede observarse que la única función que tenía la pena en el Estado Liberal -Burgués era el de la prevención general y especial negativa, recurriendo al terror y al miedo, a la intimidación.

¹² 15.3. Estado Intervencionista

Surge tras los diversos conflictos generados por la actitud pasiva que el Estado asumió ante las tensiones sociales, políticas y económicas, entre los dueños de los tres factores de producción imperantes en el régimen burgués, conflictos que se tornaron muy difíciles de resolver y que por el contrario, empeoraron con el paso del tiempo. Desigualdad, abuso del poder y pobreza desencadenaron una serie de disfunciones que obligó al Estado a cambiar su posición de guardián e intervenir el comercio con la finalidad de proteger la estabilidad económica del momento y la seguridad monetaria de sus gobernados. "Hubo una mayor distinción entre el proceso de acumulación y reproducción de las fuerzas de trabajo (lo económico) y el problema de legitimación (lo político)".

Nace un régimen basado en la disciplina y el orden, institucionalizando la teoría que según Bustos Ramírez se denominó "Defensa Social", la cual justificó y

reguló la labor interventora estatal y el control ejercido sobre el sistema económico y político de la época.

¹¹ Derivado del reciente papel de vigilante, el Estado empezó a adoptar una tendencia nueva en torno a la caracterización y comportamiento del delincuente, separándolos en peligrosos, potencialmente peligrosos y no peligrosos y con la tarea de defender a la sociedad de estos "seres", resocializándolos o neutralizándolos desde el nacimiento y partiendo del entorno familiar, razón por la cual dejaron de ser tratados como iguales y se empezó a examinar en forma individual los posibles casos de "desviación".

La concepción reinante fue la del delincuente nato, donde unos habían llegado al mundo para -indefectiblemente- ser criminales, y otros para ser seres perfectamente sociales. Por ende, la función de la pena fue anular al reo y proteger a la comunidad. Dicho comportamiento fue duramente criticado porque se consideraba, dio lugar a un retorno al Estado totalitario y crió el fascista.

"Al igual que el Estado absoluto, el Estado intervencionista había desconocido que el modo de producción capitalista exige acumulación, pero también reproducción de la fuerza de trabajo, lo cual requiere la existencia de libertad e igualdad política (y jurídica) de los individuos".

15.4. El Estado Social de Derecho

Ante las consecuencias nocivas que se precipitaron con la adopción del Estado intervencionista, brota la necesidad de un régimen igualitario y garantista, que defendiera la dignidad y las libertades de los ciudadanos. Reconoce que la única vía para superar el retroceso sufrido en la era anterior consistía en la afirmación y tutela de derechos individuales, colectivos y económicos que permitieran nuevamente el desarrollo de los medios de producción vistos en el Estado Liberal - Burgués.

Emerge entonces la "teoría del consenso", donde el pronunciamiento popular y la elección de un soberano se muestra como la solución. Esta legitima la intervención estatal en la vida particular porque mediante tal acuerdo, la

sociedad le delegó esa facultad-poder; además permite diferenciar quienes están dentro y fuera del mismo, lo que facilita el Control Social.

La pena privativa de la libertad entra en crisis y surgen sanciones alternativas que, además, no desgasten el aparato judicial y reconozcan los derechos y garantías de los Involucrados, los que pasan a ser [a prioridad en las políticas penales postmodernas.

La antigua concepción del dolor -imposición del mal ante un mal causado- empieza a ser dejada de lado y nacen nuevos caminos que pretenden tener en cuenta no sólo al sindicado, sino a la víctima quien pasa a ser una figura activa al interior del sistema. La nueva función de la pena es la de conservación de la vigencia de la norma y del sistema y el respeto de las expectativas, resocializar al individuo, reinsertar al reo, proteger a la comunidad, prevenir el delito, atemorizar al sujeto; estas últimas materia de evolución en los diferentes modelos de Estado estudiados.

Para finalizar, es pertinente traer a colación el pensamiento de la tratadista Pilar González Rivero, para quien "la fundamentación y finalidad de la pena se unifican en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad"¹²¹.

¹²¹ GONZÁLEZ RIVERO, Pilar. (2003). El fundamento de las penas y de las medidas de seguridad. Libro homenaje a Profesor üñiher Jakobs: El funcionalismo en el Derecho Penal. Coordinado por Eduardo Montalcerc Lynett. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición, p. 61.

CAPITULO VII METODOLOGÍA

1. DESCRIPCIÓN DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN

La aplicación del Principio de Oportunidad es de reciente data en nuestro sistema jurídico procesal, y su uso no está difundido, siendo pertinente efectuar un trabajo que rescate las bondades del instituto y por ello se ha considerado efectuar una investigación de tipo Básico.

En razón que está destinada a proveer información a través de un cuerpo organizado de datos para conocer con más detalle esta nueva modalidad delictiva y criminal.

2. DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Se establece dentro de las premisas elementales del método científico aplicado al Derecho.

Se ha elegido el método descriptivo-analítico; porque tiene como objeto describir y analizar sistemáticamente lo que existe con respecto a las variaciones o a las condiciones de una situación.

Se busca obtener informes de las características y comportamiento actual dentro de un período corto de trabajo de los fenómenos hechos o sujetos.

3. DESCRIPCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

3.1. Técnica de recolección de datos

Para organizar el proceso de selección de data para la presente investigación nos lleva a construir un instrumento de recolección de datos; que tiene por estructura esencial un cuestionario de 10 preguntas de tipo cerrado, que se aplicó a una muestra representativa de 200 personas entre litigantes, personal judicial y estudiantes universitarios de Derecho del Distrito Judicial de Lima.

3.2. Técnica de Procesamiento y Análisis de Datos

Se ha efectuado un minucioso trabajo de campo, para recoger información adecuada a las variables que estamos procesando.

El resultado del cuestionario, para efectos de concentrar la información se ha esquematizado en tablas y gráficos estadísticos, con el objeto de tener una mejor visualización y apreciación de los resultados obtenidos.

CAPITULO VIII ANÁLISIS

INTERPRETACIÓN Y EVALUACIÓN DE RESULTADOS

1. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE CONTRASTACION DE HIPÓTESIS

1.1. Matriz de consistencia

Se ha efectuado la construcción de esta matriz que se adjunta en la sección de Anexos.

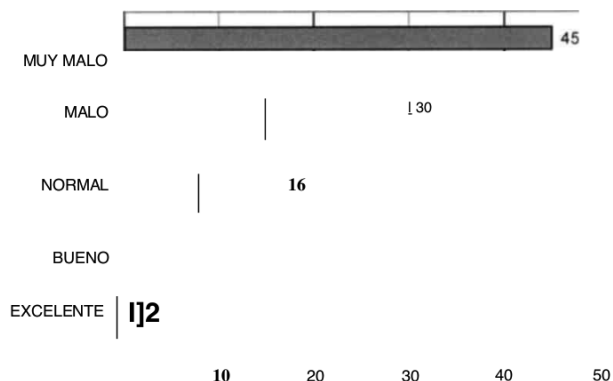
2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

Se presentan los resultados efectuados en la presente investigación en las hojas adjuntas.

1. ¿Qué opinión tiene Ud. sobre los procesos penales en el sistema Judicial de Lima?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	4	2,00	40
BUENO	14	7,00	70
NUKMAI	32	16,00	0
MALO	60	30,00	-300
MUY MALO	90	45,00	-900
	200	100,00	-1090

IPROCESOS PENALES



Esta pregunta nos permite tener un criterio de lo que representan los procesos penales en nuestro sistema judicial.

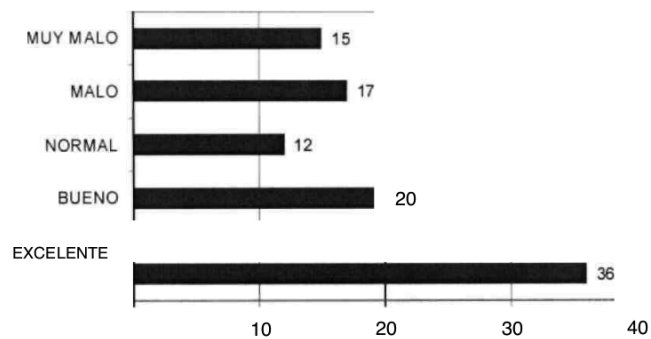
Un 45% de los encuestados considera "Muy malo" la judicialización de los procesos, también un 30% refiere como "Malo", ambas tendencias suman un mayoritario 75% de encuestados que considera negativa esta relación.

La tendencia opuesta logra un resultado positivo en la respuesta "Excelente" un 2% y "Bueno", un 7%, sumadas ambas nos dan un 9%. La tendencia "Normal" nos presenta un 16%, que se puede conceptualizar como que no se involucran con el tema y tienen característica neutral.

2. ¿Considera Ud. que existe un número de casos muy excesivo para la infraestructura y recursos del Sistema Judicial de Lima?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	72	36.00	720
BUENO	40	20.00	200
NORMAL	24	12.00	0
MALO	34	17.00	-170
MUY MALO	30	15.00	-300
	200	100.00	450

VOLUMEN DE PROCESOS



Es importante tener una evaluación del volumen de procesos y sus efectos colaterales para el desarrollo normal del proceso penal.

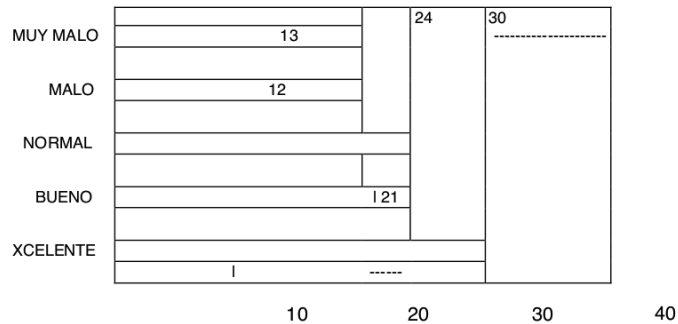
El ítem "Excelente" nos presenta un 36% y "Bueno" un 20%, ambas juntas nos proporcionan un 56% en la tendencia positiva de encuestados que considera que el volumen de procesos es excesivo para el sistema judicial, en lo referente a celeridad y eficiencia procesal.

Para la tendencia opositora, tenemos un 15% para "Muy malo" y 17% para "Malo", ambos sumados nos dan un 32% de los encuestados que manifiestan no encontrar relación entre el volumen procesal y la capacidad e infraestructura adecuada del sistema judicial del Distrito Judicial de Lima.

3. ¿Qué opina Ud. de las alternativas de conciliación vigentes?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	60	30,00	600
BUENO	42	21,00	210
NORMAL	48	24,00	0
MALO	24	12,00	-120
MUY MALO	26	13,00	-260
	200	200,00	430

ALTERNATIVAS DE CONCILIACIÓN



Esta interrogante nos revelará el grado de conocimiento de nuestra muestra en lo referente a la existencia de medios alternativos de solución de conflictos antes de llegar a la fase judicial.

La encuesta revela los siguientes resultados, la tendencia favorable nos presenta para "Excelente" un 30% y "Bueno" un 21%, ambas sumadas nos ofrecen un 51% de encuestados que revelan conocer las clases de medios alternativos de solución de conflictos.

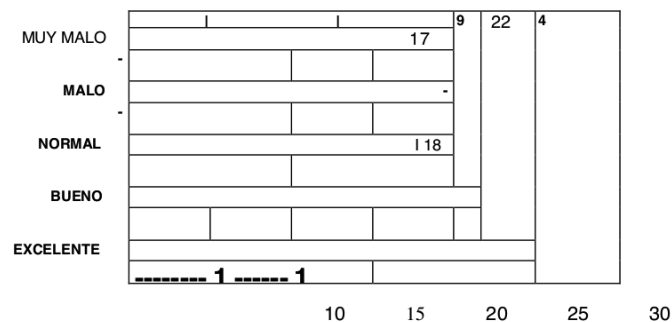
La tendencia opositora ofrece para "Muy malo" un 13%, seguida de 12% para "Malo", ambas sumadas nos ofrecen 25%.

Se puede concluir mostrando que la mayoría de los encuestados revela tener conocimiento de las tipologías de medios de solución de conflictos antes del proceso.

4. ¿Qué opinión le merece la aplicación del Principio de Oportunidad en el sistema judicial actual?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	48	24,00	480
BUENO	44	22,00	220
NORMAL	36	18,00	0
MALO	38	19,00	-190
MUY MALO	34	17,00	-340
	200	100,00	170

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD



Esta interrogante nos mostrará ya el aspecto de fondo de nuestro tema de investigación "El Principio de Oportunidad", y su influencia en el cese de procesos, siempre condicionado a su adecuada aplicación y conocimiento.

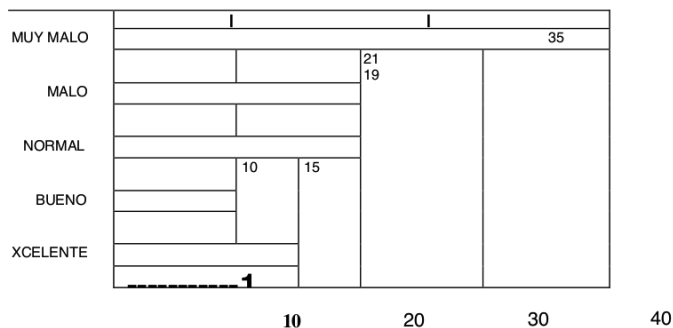
La tendencia positiva nos muestra de manera mayoritaria para "Excelente" un 24% y para "Bueno" un 22%, ambas suman un 46% de encuestados que manifiestan aceptación de la presencia del instituto en el sistema jurídico penal.

La tendencia negativa muestra para "Muy malo" un 17%, seguida de 19% para "Malo", ambas con un 36%, que es un poco menor que la otra tendencia y revela que los encuestados no encuentran una definición resaltante ni a favor ni en contra de la aplicación de este Principio de Oportunidad, forzando a investigar otras variantes y aplicaciones.

5. ¿Desde su conocimiento cómo evaluaría la aplicación del Principio de Oportunidad actualmente?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	30	15.00	300
BUENO	20	10.00	100
NORMAL	38	19.00	0
MALO	42	21.00	-210
MUY MALO	70	35.00	-700
	200	100.00	-S1D

EVALUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD



Otra interrogante fundamental para el proceso investigatorio, pues nos permite calificar lo hecho hasta el momento referente a la aplicación del Principio de Oportunidad en el sistema procesal penal.

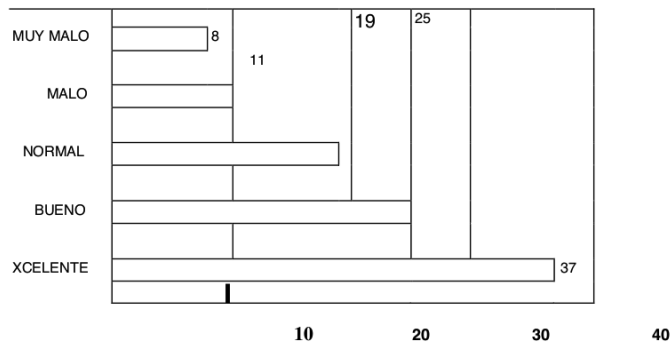
Los resultados nos muestran que para el ítem "Excelente" hay un 15%, seguida por "Bueno" con 10%, ambas sumadas tienen un escaso 25%.

La tendencia opositora ofrece un mayoritario 35% para el ítem "Muy malo" y un 21% para "Malo", ambos nos ofrecen un 56%, cifra mayoritaria y que nos muestra que no existe una efectiva aplicación de este novedoso instituto en el alivio de la carga procesal.

5. ¿Considera Ud. que la carga procesal disminuiría si se difunde el uso de esta alternativa de solución antes del juicio penal?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	74	37.00	740
BUENO	50	25.00	250
NORMAL	38	19.00	0
MALO	22	11.00	-110
MUY MALO	16	8.00	-160
	200	100.00	720

CARGA PROCESAL vs ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN



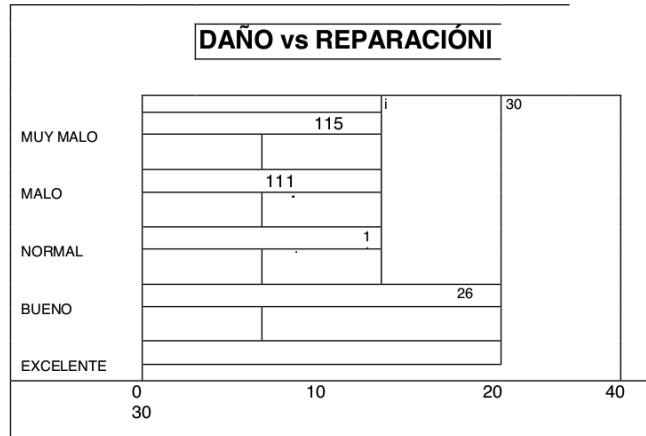
El esta interrogante se busca establecer una relación entre la Carga Procesal y las alternativas de solución pre-judiciales; y que buscan atenuar el volumen procesal actual.

La tendencia positiva nos muestra un 37% para "Excelente", seguida de 25% para "Bueno"; ambas con 52% que se considera mayoritario y que afirma la relación existente.

La tendencia opositora presenta para "Muy malo" un 8%, seguida de 11% para "Malo", ambas con 19% que se considera poco significativo.

7. ¿Cómo considera Ud. la relación que existe entre daño y reparación en la culminación del proceso penal?

Descripción	NUMERO	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	60	30,00	600
BUENO	52	26,00	260
NORMAL	36	18,00	0
MALO	22	11,00	-110
MUY MALO	30	15,00	-300
	200	100,00	450



Esta pregunta es similar a la anterior, pues busca encontrar la relación existente entre el Daño y la Reparación, pues se entiende que cuando se ingresa a litigar en un proceso se busca compensación y castigo al supuesto infractor.

La tendencia positiva nos ofrece un 30% para "Excelente", seguida de 26% para "Bueno", ambas suman un 56%, que se puede considerar mayoritario para evidenciar la relación.

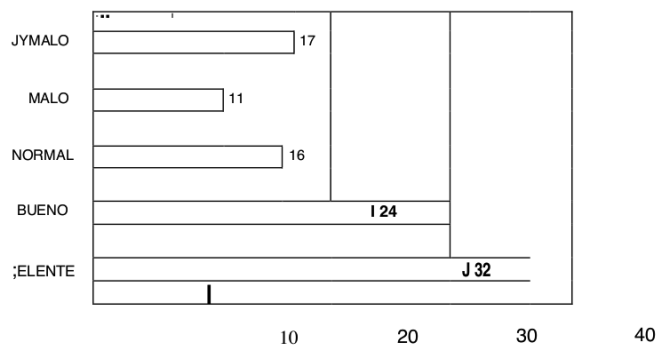
La tendencia opositora nos muestra un 15% para "Muy malo" y un 11% para "Malo", ambas suman 26%.

Se ha probado que la relación Daño-Reparación es viable, para condicionar la adecuada aplicación del Principio de Oportunidad.

8. ¿Cree Ud. que la existencia de acuerdo reparatorio entre las partes favorece en la descarga procesal penal?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	64	32,00	640
BUENO	48	24,00	240
NORMAL	32	16,00	0
MALO	22	11,00	-110
MUY MALO	34	17,00	-340
	200	100,00	430

ACUERDO REPARATORIO Y CARGA PROCESAL



Con esta interrogante se busca que la muestra escogida nos manifieste su tendencia acerca del Acuerdo Reparatorio y la Carga Procesal dentro de las acciones de litigios penales.

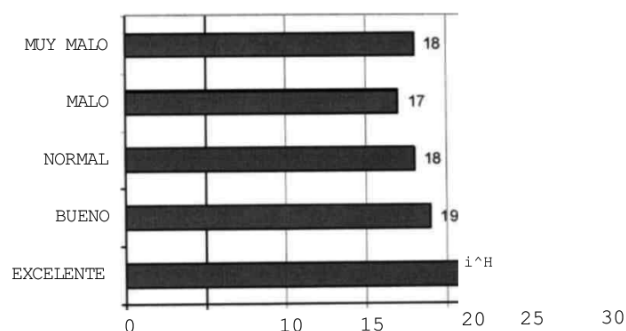
La tendencia positiva nos ofrece un 32% para "Excelente", seguida de 24% para "Bueno"; ambas sumadas nos ofrecen un 56%, que es una mayoría importante que sustenta la existencia de una relación directa entre Acuerdo y volumen procesal.

La tendencia de oposición muestra un 17% para "Muy malo", seguida de 11% para "Malo"; ambas sumadas nos ofrecen un 28%.

9. ¿Cómo evalúa Ud. la relación que existe entre archivo definitivo y aplicación del Principio de Oportunidad?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	56	28,00	560
BUENO	38	19,00	190
NORMAL	36	18,00	0
MALO	34	17,00	-170
MUY MALO	36	18,00	-360
	200	100,00	220

ARCHIVO DEFINITIVO vs PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD



Esta pregunta es interesante pues muestra el grado de relación entre el archivo definitivo del proceso en aplicación del Principio de Oportunidad, se busca definir que esto se puede producir, lo que ayudaría en el desembalse de la carga procesal.

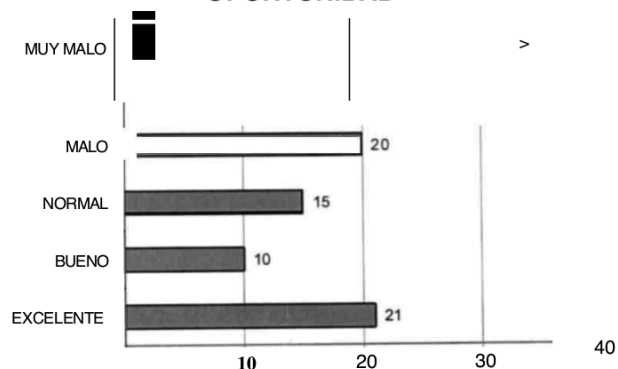
La tendencia positiva muestra un 28% para "Excelente", seguida de 19% para "Bueno", ambas con 47%. La tendencia de oposición muestra un 18% para "Muy malo" y un 17% para "Malo", ambas alcanzan un 35%.

Esta interrogante nos muestra que si existe la relación entre la adecuada aplicación del Instituto y la disminución de la carga procesal.

21
10. ¿Cuál es su opinión acerca de la aplicación del Principio de Oportunidad en delitos dolosos de tipo automotor?

Descripción	Número	Porcentaje	Puntaje
EXCELENTE	42	21,00	420
BUENO	20	10,00	100
NORMAL	30	15,00	0
MALO	40	20,00	-200
MUY MALO	68	34,00	-680
	200	10000	-360

DELITOS DOLOSOS vs PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD



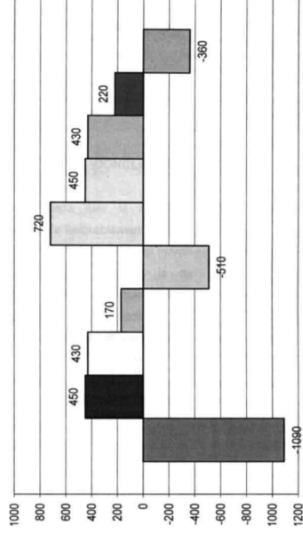
Esta última interrogante sirve para tener un criterio a posteriori de una aplicación más adecuada del Principio de Oportunidad, cuando ya se encuentre más difundido y posibilite lograr otras soluciones como en el campo de accidentes de tipo automotor.

La tendencia afirmativa muestra un 21% para "Excelente", seguida de 10% para "Bueno", ambas suman un 31% que muestra valores medianos.

La tendencia negativa nos muestra un 34% para "Muy malo", seguida de 20% para "Malo", ambas con 54%.

Este resultado nos muestra que no a todo aspecto se puede aplicar el Principio de Oportunidad, pues hay tendencia sesgada a que este tipo de acciones tengan sanción y pena.

COMPARATIVO DE VALORACIÓN



- PROCESOS PENALES
- VOLUMEN DE PROCESOS
- ALTERNATIVAS DE CONCILIACIÓN
- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
- DEVALUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
- OCARGA PROCESAL vs ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN
- DAÑO vs REPARACIÓN
- ACUERDO REPARATORIO Y CARGA PROCESAL
- ARCHIVO DEFINITIVO vs PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
- DELITOS DOLOSOS vs PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que la adecuada aplicación del Principio de Oportunidad, incide favorablemente en la disminución de la carga procesal, al no judicializar casos que desde el marco jurídico son sencillos.
2. Otra proposición efectuada es la del archivamiento definitivo de investigaciones preliminares, que también ha quedado sustentada, por la tendencia de la muestra efectuada.
3. Frente a la posibilidad de no generar antecedentes penales por la aceptación reparatoria y aplicación del Principio de Oportunidad, se da por aceptada la propuesta de investigación, desagregada de los objetivos.
4. Existe consenso, para oponerse a la aplicación de este tipo de Principio de Oportunidad frente a delitos culposos relacionados con las normas de tránsito vehicular.
5. El proceso es un conjunto de actos concatenados entre sí, desarrollados ordenada y progresivamente por las partes y el órgano jurisdiccional, dirigidos a obtener una decisión que actúe el Derecho positivo a un caso concreto y singular.
6. Aunque la aplicación del Principio de Oportunidad no produce sentencia condenatoria, esto no significa que los efectos producidos en la persona beneficiada no sean los mismos de una condena ejecutoriada.
7. El tema tiene como fondo la prevención especial, ya que el imputado que se acoja a este principio se entiende que no volverá a incurrir en infracción penal, por esto quizá sea oportuno incidir en la obligatoriedad de la reinserción del delincuente como una forma de reparar el daño causado, sobre todo cuando el agraviado es el Estado.

8. Desde el punto de vista doctrinario este Principio de Oportunidad es un correctivo a la disfuncionalidad e ineficiencia del sistema penal, permitiendo que el derecho penal llegue a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.
9. Aplicando el Principio de Oportunidad desde la óptica del Nuevo Código Procesal Penal se precisa que la aplicación del principio de oportunidad será para delitos culposos o dolosos, permitirá aplicar el principio en función a la afectación grave del agente por las consecuencias de su delito sin importar la intencionalidad en su comisión.
10. Otra diferencia con la regulación actual del principio de oportunidad, radica en la segunda circunstancia que faculta su aplicación, ya no se habla de delitos insignificantes como ocurre en la regulación actual sino de aquellos que no afecten gravemente el interés público, con lo cual se evita la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.

RECOMENDACIONES

1. Para reducir la carga procesal que se maneja en el sistema judicial, debe ser necesario una precalificación de los procesos, permitiendo su conciliación o acceso a medios alternativos antes de pasar a la fase judicial.
2. Para efectos de cuantificar la estadística de casos resueltos por esta vía de aplicación del Principio de Oportunidad se debe desglosar estos casos del común de procesos en archivos anexos.
3. Cuando se ingresa a un proceso penal, a pesar de lo dilatado de su ejecución se llega a un término, por tanto si se puede solucionar el daño antes de llegar a este proceso, es viable la eliminación de antecedentes, aunque para la doctrina, el delito existe y por tanto el actor es un delincuente.
4. Los delitos culposos tienen como base la no intencionalidad en su ejecución, por tanto en muchos de los casos de atropello y muerte por ebriedad del conductor, hacen inviable su exoneración a través de éste principio que se ha aceptado para otro tipo de procesos.
5. Para efecto de tener una mayor aceptación en la aplicación el Principio de Oportunidad, sus alcances y limitaciones deben ser difundidas entre los usuarios del sistema judicial, abogados y litigantes.

APORTE DEL INVESTIGADOR

³⁴ El principio de oportunidad es un instituto conciliatorio del Derecho Penal Moderno que ofrece a las partes, agraviado e inculpa^{do} la posibilidad de evitar verse involucradas en un proceso judicial penal engorroso y largo, con altos costos económicos como emocionales, al haberse acordado la reparación civil de un delito determinado en instancia jurisdiccional o extrajudicial.

El principio de oportunidad ³⁵ tiene una gran importancia para la sociedad y para la resocialización del inculpa^{do}, puesto que permite a éste no sólo reconocer la comisión del delito sino que además le permite reparar el daño ocasionado y poder reintegrarse nuevamente a la sociedad al haberse hecho beneficiario de la conclusión de la investigación o del proceso judicial, promoviéndose así través de la víctima y el agresor la paz social por haberse resuelto el conflicto ³⁶

La utilización del principio de oportunidad por parte del denunciado expresa su arrepentimiento a la víctima y a la sociedad por la comisión del delito al aceptar su responsabilidad en el mismo. En cambio, la aceptación de la aplicación del principio de oportunidad por parte de la víctima expresa su voluntad de perdonar a su agresor y aceptar la reparación económica del daño, previo acuerdo, lo cual origina en ambos la expresión y búsqueda personal de una cultura de paz y no de violencia, venganza, resentimientos o rencores, permitiéndoles continuar con sus actividades diarias y con sus vidas, dejando a tras el mal recuerdo de que ambos fueron actores de un delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El Poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre. Una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio. Bogotá: 2006. Temis S.A. AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del derecho procesal. Bogotá: Leyer. Segunda edición, 2006. AGUILAR MAYA, José. Dignidad del Ministerio Público, y fundamentación de la Nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, en Revista Mexicana de Derecho Penal N° 12, México, 2000. AGUINAGA, Juan Carlos. Reforma Procesal Penal. Lo que está vigente. Ed. del Autor. Año 2.000. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando. (2003). Funciones de la Pena en la Nueva Constitución Publicado en Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional N° 2, enero a marzo de 2003. ASCENCIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DÍAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra, 2005. ATIENZA, MANUEL y Ruiz MAÑERO, JUAN. Ilícitos Atípicos. Editorial Trotta. Madrid, 2000 AYA GOÑI, Eduardo. El Ministerio Fiscal. En Revista de Derecho Judicial, año II. N° 8. Madrid. 2002. BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú, 6a. edición, IV, Lima. 1968. BAZANNI MONTOYA El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal, Bogotá, Colombia, 2006. BERGALLI, R. y otros. (1983). El pensamiento criminológico II. Estado y control. Bogotá: Editorial Temis. BETTIOL, Giuseppe, Instituciones de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, trad. de Gutiérrez-Alviz, Bosch, Barcelona, 1977. BURGOS MARINOS, Víctor La Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Ciudad de Trujillo y sus Retos. Publicado en el Anuario de

Derecho Penal- Coordinador Dr. José Hurtado Pozo- Universidad de Friburgo BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal, PPU. Barcelona, 1994,

Cap. I. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Tercera Edición,

Bogotá: Editorial Temi, 2005. CACERES JULCA, Roberto E. *Código Procesal Penal comentado*. Lima: Jurista

Editores, 2005. CAFFERATA NORES, José. El principio de oportunidad en el derecho argentino,

teoría, realidad y perspectivas. Versión Corregida y anotada de la clase de oposición dictada para el concurso para Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

CAFFERATA NORES, José. Introducción al Derecho Procesal Penal Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1987. pág. 31. CARLOS, Eduardo.

Introducción al estudio del Derecho Procesal, Ejea, Buenos Aires, 1959. CATACORA GONZALES, Manuel. "Lecciones de Derecho Procesal Penal".

Cultural Cuzco Primera Edición. Lima. CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1982 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 de cinco de junio

de 1992 Magistrado ponente: Doctor Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional, Sala Plena, MP Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Junio 30 de 2005. Sentencia C-673 de 2005. Corte Constitucional. Sala Plena, MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Julio 11 de

2007. Sentencia C-516 de 2007. Corte Constitucional. Sala Plena, MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Febrero 14 de 2007. Sentencia C-095 de 2007. Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado ponente. Dr. JAIME CÓRDOBA

TRIVIÑO. Septiembre 26 de 2005. Sentencia C-979 de 2005 CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?*

Lima: Justicia Viva, 2004 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "El Proceso Penal Teoría y Práctica". Palestra

Editores. Edición. Lima - 2000

DE DIEGO DIEZ, L. "Comunicación a la ponencia sobre el principio de legalidad y el uso de la oportunidad". En: Rev. Poder Judicial, N°VI, Madrid, 1989. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. (1996). "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", versión del artículo publicado en la Revista de Derecho penal y Criminología VI, 1996. DEMANDT, Alexander, Los grandes procesos, trad. de E. Gavilán, Crítica, Barcelona, 1993. GARCÍA RADA, Domingo. Ministerio Público en el Proceso Penal Peruano, en Revista Mexicana de Derecho Penal, N° 4, México. 1970. GIMBERNAT, Enrique. Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal. Madrid: Editorial Tecnos. 1999. GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Derecho Procesal Penal. 2da. Edición. Colex. Madrid. 1997. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2003. GONZÁLEZ RIVERO, Pilar. El fundamento de las penas y de las medidas de seguridad. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs: El funcionalismo en el Derecho Penal. Coordinado por Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición. 2003 GUARIGLIA, Fabricio. Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria, en "El Ministerio Público en el Proceso Penal". GUERRERO PERALTA. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, Colombia, 2005. HERRERO TEJEDOR, Fernando. Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España, 2000. KAFKA, Franz. *El Proceso*. Buenos Aires: Editorial Lozada, 1939. KANT, Emmanuel. (2006). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Barcelona: Editorial Ariel. KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho en la posmodernidad. Bogotá: Temis S.A. 2007.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Traducida por Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Segunda edición, reimpresa en 2006. LAROUSSE, Diccionario Enciclopédico, Spes Editorial S.L., Barcelona, 2002 LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO. Decreto Legislativo N° 052, Art. 1° LÓPEZ CALVO, Pedro, GÓMEZ SILVA Pedro, Investigación Criminal y Criminalística, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2000. MAIER, Julio. "Derecho Procesal Penal Argentino" (Tomo B) Hammurabi. Buenos Aires- 1997. MARINO, Esteban. Suspensión de Procedimiento a Prueba. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires, Año 1.993. MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*, Lima: Jurista Editores, 2005. MELGAREJO BARRETO, Pepe. "El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal". Jurista Editores. Primera Edición. Lima - Mayo 2006. MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. La discrecionalidad para acusar. Segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Séptima edición, Buenos Aires: Editorial B. de F.; Miralles, Teresa y otros, 2004. MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio Oral*. Trujillo: ediciones BLG, 1993. MIXÁN MASS. Florencio. *Teoría de la prueba*. Trujillo: ediciones BLG, 1992 MORALES VARGAS, Alberto J. "Nuevo Código de Procedimiento Penal: Redefinición y Fines del Proceso Penal". NEYRA FLORES, José Antonio. "El Juzgamiento en el Nuevo Proceso Penal", artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano, Miércoles 20 de marzo de 2005. ORE GUARDIA. Arsenio. "Estudio de Derecho Procesal Penal" Editores Alternativa. Primera Edición. Lima - 1993. ORE GUARDIA, Arsenio. "Panorama del proceso penal peruano", Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004. ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas, segunda edición, 1999.

OSPINA, William. Es tarde para el hombre. Bogotá: Norma S.A. Cuarta edición, reimpresa en 2006. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl y FRISANCHO APARICIO, Manuel.

Terminación Anticipada del Proceso. Lima: Jurista Editores. 2003.

PERDOMO TORRES. Los principios de legalidad y oportunidad, Bogotá, 2005.

POLICÍA DE INVESTIGACIONES DEL PERÚ, Introducción a la Investigación Policial y Manual de Procedimientos Operativos de Investigación Criminal, Volumen I, Lima, 1988. PRIETO CASTRO Y FERNANDIZ, Leonardo. Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil, en Trabajos y orientaciones del Derecho procesal, Madrid - España, 1999. QUINTERO, BEATRIZ y PRIETO, EUGENIO. Teoría general del Proceso.

Tercera edición. Temis. Bogotá, 2000. RAMÍREZ ROJAS, Alfonso. La Administración de Justicia y la nueva filosofía del Ministerio Público, en Anales de Jurisprudencia, México. 2001.

RODRÍGUEZ PEÑA, María Victoria. El principio de oportunidad y su introducción al ordenamiento penal colombiano. Bogotá: Academia Colombiana de la Abogacía. 2004. ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana. España: Editorial Civitas. 1997. RUBIO, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Edit. Deseo, 4º edic. Lima, 1994. SAN MARTÍN CASTRO, César E. "Derecho Procesal Penal - Volumen I". Editorial Jurídica Grijley. Segunda Edición actualizada y aumentada. Lima - Octubre, 2003. SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. "La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas". En: "La reforma del proceso penal peruano". Anuario de Derecho Penal 2004. Lima: Fondo Editorial PUCP- Universidad de Friburgo SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal* Tomo I, Lima: Grijley Segunda Edición, 2003. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo "Manuel de Derecho Procesal Penal". Editorial Moreno S.A. Primera Edición. Lima - Mayo 2004.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Moreno S.A, 2004 SANCHÍS. Prieto. Citado por Miguel Carbonell: Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta. 2003. SCHÜNBOHM, Horst y LÓSING, Norbert. "El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania". En: *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*. Buenos Aires: CIEDLA, 1998. SEISDEDOS, Felipe. A quien corresponde introducir el denominado principio de oportunidad. Revista del Foro de Cuyo. Ed. Dike. N° 42. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. España: Ed. Civitas. 1999. SPOTA, Alberto Antonio. Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal. N° 11. Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Grijley, 2004. TIMOTHY CORNISH. Conferencia Nacional de la Justicia Penal, Lima, Abril 22-24, 1993. Extractos del artículo de la Rev. De Ciencias Jurídicas de El Salvador Set, 1992. TOMAS Y VALIENTE, Francisco, El Derecho Penal de la monarquía absoluta, Tecnos, Madrid, 1992. VEGA, Dante Marcelo y Lavado, Diego Jorge. Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000. VEGA, Dante Marcelo. El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal y su validez constitucional. En Lavado, Diego Jorge. Vega, Dante Marcelo. Estudios sobre el nuevo Código Procesal. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Año 2.000 VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.

ANEXOS

CUESTIONARIO

1. ¿Qué opinión tiene Ud. sobre los procesos penales en el sistema judicial de Lima?
Excelente ()
Bueno ()
Normal ()
Malo ()
Muy malo ()
2. ¿Considera Ud. que existe un número de casos muy excesivo para la infraestructura y recursos del Sistema Judicial de Lima?
Excelente ()
Bueno ()
Normal ()
Malo ()
Muy malo ()
3. ¿Qué opina Ud. de las alternativas de conciliación vigentes?
Excelente ()
Bueno ()
Normal ()
Malo ()
Muy malo ()
4. ¿Qué opinión le merece la aplicación del Principio de Oportunidad en el sistema judicial actual?
Excelente ()
Bueno ()
Normal ()
Malo ()
Muy malo ()
5. ¿Desde su conocimiento cómo evaluaría la aplicación del Principio de Oportunidad actualmente?
Excelente ()
Bueno ()
Normal ()
Malo ()
Muy malo ()
6. ¿Considera Ud. que la carga procesal disminuiría si se difunde el uso de esta alternativa de solución antes del juicio penal?
Excelente ()
Bueno ()
Normal ()
Malo ()
Muy malo ()

7. ¿Cómo considera Ud. la relación que existe entre daño y reparación en la culminación del proceso penal?

Excelente ☐
Bueno ☐
Normal ☐
Malo ☐
Muy malo ☐

8. ¿Cree Ud. que la existencia de acuerdo reparatorio entre las partes favorece en la descarga procesal penal?

Excelente ☐
Bueno ☐
Normal ☐
Malo ☐
Muy malo ☐

9. ¿Cómo evalúa Ud. la relación que existe entre archivo definitivo y aplicación del Principio de Oportunidad?

Excelente ☐
Bueno ☐
Normal ☐
Malo ☐
Muy malo ☐

10. ¿Cuál es su opinión acerca de la aplicación del Principio de Oportunidad en delitos dolosos de tipo automotor?

Excelente ☐
Bueno ☐
Normal ☐
Malo ☐
Muy malo ☐

MATRIZ DE CONSISTENCIA

"EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE LESIONES CULPOSAS"

RESPONSABLE: Mg. BENAVIDES VARGAS, Liz Patricia					
TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	MARCO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE LESIONES CULPOSAS	¿En qué medida la aplicación del Principio de Oportunidad contribuye al cumplimiento del deber de investigar y al archivo definitivo de las lesiones por culposas en el ámbito Judicial de Lima?	General - Determinar si el Principio de Oportunidad contribuye al cumplimiento del deber de investigar y al archivo definitivo de las lesiones por culposas en el ámbito Judicial de Lima - Específicos - Analizar si el Principio de Oportunidad contribuye a la disminución de la carga procesal derivada de la generación de antecedentes judiciales que contribuyen a la decisión de archivar o no la oportunidad de existir un Acuerdo Intermediario por tanto al principio de investigación	Marco - Constitución - Código Penal - Ley de Enjuiciamiento Criminal	(H1): La aplicación del Principio de Oportunidad en el ámbito Judicial de Lima contribuye al cumplimiento del deber de investigar y al archivo definitivo de las lesiones por culposas, especialmente aquellos que son derivados del tráfico automotor. (H2): Determinar si la aplicación del Principio de Oportunidad en sede fiscal contribuye a la disminución de la carga procesal derivada de la generación de antecedentes judiciales que contribuyen a la decisión de archivar o no la oportunidad de existir un Acuerdo Intermediario por tanto al principio de investigación	Indicadores - X Aplicación del Principio de Oportunidad - X1 Acción penal pública - X2 Etordeo público y privado - X3 Archivo definitivo - X4 Lesiones por culposas - X5 Estadística Judicial - X6 Estadística Penal - X7 Tráfico automotor - X8 Casos de lesiones por culposas - X9 Aplicación del Principio de Oportunidad - X10 Sucesos de violencia - X11 Sucesos de violencia - X12 Sucesos de violencia - X13 Sucesos de violencia - X14 Sucesos de violencia - X15 Sucesos de violencia - X16 Sucesos de violencia - X17 Sucesos de violencia - X18 Sucesos de violencia - X19 Sucesos de violencia - X20 Sucesos de violencia - X21 Sucesos de violencia - X22 Sucesos de violencia - X23 Sucesos de violencia - X24 Sucesos de violencia - X25 Sucesos de violencia - X26 Sucesos de violencia - X27 Sucesos de violencia - X28 Sucesos de violencia - X29 Sucesos de violencia - X30 Sucesos de violencia - X31 Sucesos de violencia - X32 Sucesos de violencia - X33 Sucesos de violencia - X34 Sucesos de violencia - X35 Sucesos de violencia - X36 Sucesos de violencia - X37 Sucesos de violencia - X38 Sucesos de violencia - X39 Sucesos de violencia - X40 Sucesos de violencia - X41 Sucesos de violencia - X42 Sucesos de violencia - X43 Sucesos de violencia - X44 Sucesos de violencia - X45 Sucesos de violencia - X46 Sucesos de violencia - X47 Sucesos de violencia - X48 Sucesos de violencia - X49 Sucesos de violencia - X50 Sucesos de violencia - X51 Sucesos de violencia - X52 Sucesos de violencia - X53 Sucesos de violencia - X54 Sucesos de violencia - X55 Sucesos de violencia - X56 Sucesos de violencia - X57 Sucesos de violencia - X58 Sucesos de violencia - X59 Sucesos de violencia - X60 Sucesos de violencia - X61 Sucesos de violencia - X62 Sucesos de violencia - X63 Sucesos de violencia - X64 Sucesos de violencia - X65 Sucesos de violencia - X66 Sucesos de violencia - X67 Sucesos de violencia - X68 Sucesos de violencia - X69 Sucesos de violencia - X70 Sucesos de violencia - X71 Sucesos de violencia - X72 Sucesos de violencia - X73 Sucesos de violencia - X74 Sucesos de violencia - X75 Sucesos de violencia - X76 Sucesos de violencia - X77 Sucesos de violencia - X78 Sucesos de violencia - X79 Sucesos de violencia - X80 Sucesos de violencia - X81 Sucesos de violencia - X82 Sucesos de violencia - X83 Sucesos de violencia - X84 Sucesos de violencia - X85 Sucesos de violencia - X86 Sucesos de violencia - X87 Sucesos de violencia - X88 Sucesos de violencia - X89 Sucesos de violencia - X90 Sucesos de violencia - X91 Sucesos de violencia - X92 Sucesos de violencia - X93 Sucesos de violencia - X94 Sucesos de violencia - X95 Sucesos de violencia - X96 Sucesos de violencia - X97 Sucesos de violencia - X98 Sucesos de violencia - X99 Sucesos de violencia - X100 Sucesos de violencia

t

Ejercicio 1

ORIGINALITY REPORT

86%

SIMILARITY INDEX

84%

INTERNET SOURCES

23%

PUBLICATIONS

36%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	estudiojuridicolazoyasociados-a.blogspot.com Internet Source	16%
2	legalesperu.perublog.net Internet Source	10%
3	www.robertexto.com Internet Source	10%
4	idoc.pub Internet Source	5%
5	www2.gtz.de Internet Source	5%
6	eleuterioaguilarheredia26.blogspot.com Internet Source	4%
7	perso.unifr.ch Internet Source	4%
8	www.alfonsozambrano.com Internet Source	3%
9	polodelconocimiento.com Internet Source	3%
10	www.scielo.org.co Internet Source	3%
11	hdl.handle.net Internet Source	2%
12	Ferreya González Selene Rebeca. "Función de la pena como medio de control social", TESIUNAM, 2008 Publication	2%
13	wilberdcold.blogspot.com Internet Source	2%
14	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Student Paper	2%

15	Internet Source	1 %
16	repositorio.uap.edu.pe Internet Source	1 %
17	repositorio.unasam.edu.pe Internet Source	1 %
18	Submitted to Universidad Nacional Mayor de San Marcos Student Paper	1 %
19	Submitted to Atlantic International University Student Paper	1 %
20	repositorio.uladech.edu.pe Internet Source	1 %
21	repositorio.undac.edu.pe Internet Source	1 %
22	qdoc.tips Internet Source	1 %
23	opinionlegalabogados.blogspot.com Internet Source	1 %
24	www.derechoycambiosocial.com Internet Source	1 %
25	repositorio.upao.edu.pe Internet Source	1 %
26	docslide.us Internet Source	<1 %
27	repositorio.upagu.edu.pe Internet Source	<1 %
28	Arzaluz Serrano Luis Enrique. "Reforma al primer párrafo del artículo 148 del Código de procedimientos penales para el Estado de México", TESIUNAM, 2008 Publication	<1 %
29	León Montaña Yareli. "El principio de oportunidad en el sistema acusatorio adversarial", TESIUNAM, 2011 Publication	<1 %
30	idus.us.es Internet Source	<1 %

31	Rosa González David de la. "La evolución del pensamiento cristiano protestante en los Estados Unidos de América : las posturas que tomaron las iglesias protestantes en las intervenciones de Afganistán e Irak en la primera administración de George Walker Bush (2001-2004)", TESIUNAM, 2019 Publication	<1 %
32	derechovenezolano.wordpress.com Internet Source	<1 %
33	Submitted to Universidad Adolfo Ibáñez Student Paper	<1 %
34	docplayer.es Internet Source	<1 %
35	Submitted to Universidad Católica de Santa María Student Paper	<1 %
36	cybertesis.unmsm.edu.pe Internet Source	<1 %
37	www.carlosparma.com.ar Internet Source	<1 %
38	repositorio.unprg.edu.pe Internet Source	<1 %
39	Submitted to Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga Student Paper	<1 %
40	repositorio.unsa.edu.pe Internet Source	<1 %
41	repositorio.uigv.edu.pe Internet Source	<1 %
42	repositorio.unfv.edu.pe Internet Source	<1 %
43	biblioteca.usac.edu.gt Internet Source	<1 %
44	documents.mx Internet Source	<1 %
45	repositorio.usanpedro.edu.pe Internet Source	<1 %

<1 %

46 csjica.pe
Internet Source

<1 %

47 Submitted to Universidad Peruana de Las Americas
Student Paper

<1 %

48 www.scribd.com
Internet Source

<1 %

49 repositorio.unsch.edu.pe
Internet Source

<1 %

50 tesis.ucsm.edu.pe
Internet Source

<1 %

51 kupdf.net
Internet Source

<1 %

52 dochero.tips
Internet Source

<1 %

53 repositorio.unica.edu.pe
Internet Source

<1 %

54 Submitted to Universidad Nacional de Educacion Enrique Guzman y Valle
Student Paper

<1 %

55 Trujillo, Luz Celeste Valenza. "La Incidencia del Compliance Penal en la Teoria Juridica del Delito Aplicable a la Persona Juridica: ¿Es el Compliance Penal una Causa de Atipicidad del Injusto Penal de la Persona Juridica?", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2022
Publication

<1 %

56 repositorio.unh.edu.pe
Internet Source

<1 %

57 González Hernández Diana. "Desafíos del derecho internacional penal : Estados Unidos frente a la Corte Penal Internacional", TESIUNAM, 2008
Publication

<1 %

58 repositorio.unheval.edu.pe
Internet Source

<1 %

59	Submitted to Universidad Andina Nestor Caceres Velasquez Student Paper	<1 %
60	dspace.unitru.edu.pe Internet Source	<1 %
61	pdfcoffee.com Internet Source	<1 %
62	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Student Paper	<1 %
63	Navarro Chavarría Luis Enrique. "Las teorías del delito como métodos de interpretación de la normatividad aplicable al contrabando y a la defraudación fiscal : (artículos 102, fracción I y, 108, párrafo primero, hipótesis primera, respectivamente, del Código fiscal de la Federación)", TESIUNAM, 2020 Publication	<1 %
64	Submitted to Universidad Andina del Cusco Student Paper	<1 %
65	Romero Valenzuela Cesar. "Hacia una reforma constitucional del sistema de procuracion de justicia", TESIUNAM, 2003 Publication	<1 %
66	archive.org Internet Source	<1 %
67	repositorio.ucv.edu.pe Internet Source	<1 %
68	Padilla Alegre, Vladimir Katherniak. "El tercero civil responsable: Analisis critico sobre sus alcances, limites y problemas en el proceso penal peruano que permiten determinar si ¿Es posible realizar una definicion universal?", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2021 Publication	<1 %
69	dspace.unapikuitos.edu.pe Internet Source	<1 %

70	Internet Source	<1 %
71	www.ijj.ucr.ac.cr Internet Source	<1 %
72	Chacon Lozano, Mariana. "La implementacion de medidas de busqueda de personas desaparecidas producto de un conflicto armado interno : Comparacion entre los casos de Peru y Guatemala de fines del siglo XX e inicios del XXI.", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2021 Publication	<1 %
73	Gonzalez Gonzalez Maria Eugenia. "Las conclusiones de las partes en el Proceso Penal", TESIUNAM, 1985 Publication	<1 %
74	Breno Luis Nery Garcia. ">b/b<", Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA), 2021 Publication	<1 %
75	Corrales Hernandez Jesus. "Espacio libre de derecho : una alternativa a la solucion de casos en la practica del derecho penal", TESIUNAM, 2007 Publication	<1 %
76	Téllez Moreno Rosa Isabel. "México frente al nuevo sistema de justicia penal, análisis y crítica", TESIUNAM, 2010 Publication	<1 %
77	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 29 (2013)", Brill, 2016 Publication	<1 %
78	Paz Mercedes De la Cuesta Aguado. "Redistribución de la riqueza y delito tributario", Estudios Penales y Criminológicos, 2022 Publication	<1 %
79	moam.info Internet Source	<1 %

80	Submitted to Universidad Peruana Los Andes Student Paper	<1 %
81	Castro Mujica, Luis Ricardo. "La prueba de oficio en el sistema procesal peruan: ¿El modelo de juez penal previsto en la Constitucion Politica del Peru de 1993 admite la prueba de oficio en el modelo adversarial?", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2020 Publication	<1 %
82	Guzmán de Román Claudia. "Investigación de mercado para elaboración de una propuesta de estrategia de mercadotecnia", TESIUNAM, 2017 Publication	<1 %
83	Martinez Cuenca Diana Lisette. "Contribuciones al modelado de seleccion de atributos aplicando optimizacion", TESIUNAM, 2006 Publication	<1 %
84	Salcedo Marban Marcela. "Determinación del Ministerio Público y sus consecuencias jurídicas en el Distrito Federal", TESIUNAM, 2005 Publication	<1 %
85	"The Legal Practice in International Law and European Community Law", Brill, 2007 Publication	<1 %
86	Hernández Montes Jennyfer. "Consecuencias jurídicas derivadas del auto de vinculación a proceso", TESIUNAM, 2015 Publication	<1 %
87	Luna Elizalde Alma Delia. "Anticonstitucionalidad del artículo 148 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México", TESIUNAM, 2008 Publication	<1 %
88	Ramírez Cortés Eduardo Benkis. "Propuesta de adición de la etapa conciliatoria ante el Ministerio Público Investigador en el código	<1 %

de procedimientos penales para el Distrito
Federal", TESIUNAM, 2008

Publication

89	Submitted to Universidad Continental Student Paper	<1 %
----	---	------

90	bdigital.uexternado.edu.co Internet Source	<1 %
----	---	------

91	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 16 (2000)", Brill, 2004 Publication	<1 %
----	--	------

92	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 4 (1988)", Brill, 1991 Publication	<1 %
----	---	------

93	Ambriz López Maria Jazmin. "Análisis de la colaboración eficaz contenida en la fracción VII, del artículo 110 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México", TESIUNAM, 2011 Publication	<1 %
----	---	------

94	Carranza Gómez Iván. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en México", TESIUNAM, 2011 Publication	<1 %
----	--	------

95	Jorge Robles Vázquez. "Teoría jurídica norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies", Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2016 Publication	<1 %
----	--	------

96	Martínez Ibáñez Ivonne Belen Karina. "La actuación del Ministerio Público de la Ciudad de México en la etapa de investigación con persona detenida en el sistema penal acusatorio", TESIUNAM, 2017 Publication	<1 %
----	---	------

97	Sanchez Carrasco Ernesto Arturo. "Aportaciones para establecer y desarrollar un plan de educacion laboral en una empresa privada", TESIUNAM, 1992 Publication	<1 %
----	---	------

98	Tinuco, Hussein Cadena. "El Criterio Preponderante Para Configurar el Peligro Procesal de la Prision Preventiva: A Proposito del Subprincipio de Necesidad.", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2021 Publication	<1 %
99	Tovar Silva Yvonne Georgina. "El desarrollo de estrategias argumentativas en la perspectiva crítica de Duncan Kennedy", TESIUNAM, 2012 Publication	<1 %
100	html.rincondelvago.com Internet Source	<1 %
101	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 30 (2014)", Brill, 2016 Publication	<1 %
102	Manzano Caudillo Jesus. "Marsilio de Padua : algunas consideraciones sobre el defensor pacis a la luz de la discusion sobre la interpretacion de las teorias politicas", TESIUNAM, 2006 Publication	<1 %
103	repositorio.udch.edu.pe Internet Source	<1 %
104	"A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence", Springer Nature, 2016 Publication	<1 %
105	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 31 (2015)", Brill, 2017 Publication	<1 %
106	obtienearchivo.bcn.cl Internet Source	<1 %
107	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME I)", Brill, 2022 Publication	<1 %

108

Publication

<1 %

109

bdigital.unal.edu.co

Internet Source

<1 %

110

doku.pub

Internet Source

<1 %

Exclude quotes

Off

Exclude matches

Off

Exclude bibliography

Off