

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano

TESIS Para optar el Grado Académico de: DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Autora

ROSA RUTH BENAVIDES VARGAS

LIMA – PERÚ 2002

..	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS .	5
1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .	5
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .	7
2.1. OBJETIVO GENERAL . .	7
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .	7
3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA. .	7
4. HIPÓTESIS . .	7
5. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES. .	8
6. UNIVERSO Y MUESTRA DE ESTUDIO. . .	8
7. METODOLOGÍA Y TÉCNICA APLICADA. .	9
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO - DOCTRINARIO . .	11
1. LA CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA .	11
1.1. EL CONFLICTO . .	12
1.2. LA CONCILIACIÓN .	21
2. EL MINISTERIO PÚBLICO, EL FISCAL Y LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR .	35
2.1. EL MINISTERIO PÚBLICO .	36
2.2. FACULTADES DEL FISCAL COMO REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. .	38
2.3. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR .	40
3. EL PROCESO PENAL PERUANO .	45
3.1. GENERALIDADES . .	45
3.2. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA .	51
3.3. RESARCIMIENTO EN EL PROCESO PENAL .	54
Capítulo III LA CONCILIACIÓN Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD . .	57
1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD .	57

1.1. CONCEPTOS GENERALES .	57
1.2. MARCO LEGAL PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD .	72
2. NIVEL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR PARTE DE LOS OPERADORES FISCALES Y JURISDICCIONALES .	79
2.1. Resultados de la aplicación del principio de oportunidad en el Distrito Judicial de Lima . .	79
CAPÍTULO IV CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN . .	89
1. Contrastación de la Hipótesis Principal .	89
1. VARIABLES INDEPENDIENTES: .	90
2. VARIABLES DEPENDIENTES: .	93
CONCLUSIONES . .	99
RECOMENDACIONES .	101
PROPUESTA DE LEGE FERENDA .	103
BIBLIOGRAFÍA .	105
Anexos . .	109
ANEXO N° 1 .	109
ANEXO N° 2 .	111
ANEXO N° 3 .	112

A mis padres, hermanas y sobrinos

INTRODUCCIÓN

Hacer frente a la numerosa pequeña y mediana criminalidad tiene un significado capital para la eficacia de la administración de justicia. Por ello desde 1991 el legislador peruano ha utilizado dos instrumentos de política criminal con los que espera enfrentar este problema: la posibilidad del archivo por razones de oportunidad mediando el cumplimiento de unas condiciones o mandatos, método cuya implementación ha dado excelentes resultados en los países en los que fue instaurado y la finalización del proceso a través del consenso entre el Juez, el Ministerio Público y la defensa, es decir la terminación anticipada del proceso.

No obstante, el objeto de esta tesis se circunscribe a la aplicación de la conciliación en el proceso penal peruano la misma que se produce en la etapa de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público, en la cual el principio de oportunidad permite a las partes involucradas solucionar el conflicto jurídico penal surgido, sin necesidad de formular denuncia y dar inicio a un proceso penal. Asimismo, también puede producirse en el proceso penal a cargo del juez, en el que igualmente es posible la aplicación del principio de oportunidad.

A su vez, en ésta instancia existe una problemática particular aún no identificada por el legislador, la misma que será objeto del presente estudio, incidiendo con mayor énfasis en los mecanismos conciliatorios que se desarrollan necesariamente previa a la aplicación de este principio.

Con el ánimo de aportar al estudio de esta problemática se presenta esta tesis bajo el título "Problemática Jurídica de la Conciliación en el Proceso Penal Peruano", en cuyos capítulos se pretende establecer los fundamentos teóricos, situación actual, problemática particular y posibles soluciones.

En efecto, en el primer capítulo denominado **aspectos metodológicos** se efectúa el correspondiente planteamiento del problema y la formulación de la hipótesis central, la cual será validada en los próximos capítulos; estableciéndose también la metodología de investigación jurídica empleada y detallándose las técnicas de investigación científica que permitieron la contrastación de la hipótesis con la realidad del entorno objeto de análisis.

En el capítulo II, denominado **Marco teórico - Doctrinario** y con el fin de obtener los sustentos doctrinarios referenciales, se estudia con cierto detenimiento en primer lugar la Conciliación en la Legislación Peruana, detallando lo referente al Conflicto y los aspectos fundamentales de la Conciliación. En segundo lugar, se ofrece un análisis de los conceptos correspondientes al Ministerio Público, las facultades del Fiscal y la Investigación Preliminar y asimismo se hace un estudio de los principales aspectos del proceso penal peruano.

Para ello se recurre a diferentes fuentes de información: libros y revistas especializadas, estudios diversos e información obtenida a través de internet.

En el capítulo III, titulado **La Conciliación y el Principio de Oportunidad**, se estudia con detenimiento como primer punto el principio de oportunidad profundizado en sus conceptos, su aplicación en la legislación comparada, así como los requisitos y supuestos establecidos por las normas penales en nuestro país. Todo lo cual nos permitirá tener una visión clara de esta institución procesal, fundamental en la investigación preliminar que lleva adelante el Ministerio Público y en su aplicación al interior del proceso penal.

Un segundo punto desarrollado es el concerniente a la aplicación de la conciliación en el

principio de oportunidad, en el cual se pone énfasis en la aplicación de este principio por parte del Ministerio Público, presentándose al final del capítulo un análisis estadístico de la situación actual del principio de oportunidad en el Perú.

Cabe precisar que tanto en el capítulo II y III de la presente tesis se hizo acopio de técnicas de investigación tales como la información estadística emitida por organismos oficiales y realización de encuestas entre los Fiscales Provinciales y Jueces Especializados en lo Penal; con el fin de establecer un nexo entre la problemática normativa abstracta planteada y el mundo de los fenómenos reales y concretos de la dinámica social.

En el capítulo IV, titulado **Contrastación de Hipótesis y Verificación de Variables de la Investigación**, el cual cierra el trabajo investigador; se efectúa un análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes de la Hipótesis planteada al inicio del trabajo como respuesta tentativa a esta investigación con la información doctrinaria, estadísticas oficiales, encuestas y demás instrumentos utilizados en la elaboración del presente trabajo.

Seguidamente se abordan las posibles alternativas de solución, en el acápite referido a recomendaciones, aspecto fundamental del trabajo investigador al cual llegamos como puede apreciarse de manera deductiva, al haber iniciado el estudio con precisiones de carácter genérico para arribar al enfoque de situaciones específicas.

Con toda esta visión de la tesis expuesta se desea enfocar la problemática estudiada desde un nivel inicialmente teórico - descriptivo, para luego pasar a un esfuerzo de análisis, interpretación y crítica. Al respecto la hipótesis que de una u otra forma está explicitada en esta tesis se refiere a que la aplicación de la conciliación en la etapa preliminar y judicial de nuestro sistema procesal penal presenta deficiencias, por no haber identificado el legislador la problemática socio - jurídica de esta institución procesal penal, planteamiento que consideramos cierto, producto del estudio efectuado y ante el cual hemos propuesto las posibles soluciones aplicables.

La autora de la presente investigación desea que este esfuerzo se vea compensado con el interés que otros investigadores pongan en un tema aún no estudiado en profundidad.

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Si bien es cierto que la crisis en la administración de justicia en el Perú es un problema que se remonta a los orígenes mismos de la República; este pernicioso hecho se ha agudizado en las últimas décadas y muy especialmente en la recientemente concluida década de los noventa, al final de la cual la sociedad peruana en su conjunto fue testigo de los mayores niveles de corrupción y manipulación a los que puede ser arrastrado un gobierno; situación a la que no fue ajena nuestra administración de justicia en forma integral.

Ante esta realidad, sucesivos gobiernos y estudiosos en la materia han esbozado costosos estudios y diagnósticos los cuales han sido implementados en el transcurso del tiempo por medio de reformas, normas y acciones que luego de su aplicación nos han legado un resultado poco satisfactorio ante las enormes expectativas de los operadores de justicia y población en general.

No obstante y a pesar de todo, es justo reconocer que se han logrado valiosos aportes en cuanto a mejorar el desempeño del Poder Judicial y Ministerio Público, a

través de la promulgación de importantes normas como el Decreto Legislativo N° 638, Código Procesal Penal (de relevante significancia para los fines de la presente tesis) y la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, de aplicación principal en el ámbito civil.

En lo que respecta al ámbito del derecho penal, en el cual se encuentra incurso el tema de nuestra investigación, dentro de los problemas más álgidos que resulta indispensable solucionar, se encuentran: la lentitud paquidérmica con que se desarrollan los procesos penales actualmente, con sus fallos y decisiones tardías, inoportunas y muchas veces ineficaces, obviando todo plazo o término legal previsto en los Códigos y leyes, dejando de lado aquel elemental aforismo jurídico que establece “la justicia tardía no es justicia”.

Igualmente, otro grave problema lo constituye la congestión de los despachos judiciales que desborda la capacidad de trabajo de los funcionarios y personal judicial, sobrecargando sus labores muchas veces con delitos de menor importancia (en cuanto al interés público protegido y al bien jurídico afectado). Esto resulta más grave aun si tenemos en cuenta que nuestra justicia penal sólo está sancionando un mínimo de los crecientes delitos que se cometen, lo que origina un pernicioso clima de impunidad.

A su vez, este preocupante hecho nos lleva a cuestionarnos ¿qué podría suceder cuando se lleve a juzgamiento a un gran porcentaje de los delitos que se cometen en el país, como debería acontecer?.

Es por ello que con la dación del Decreto Legislativo N° 638, Código Procesal Penal, se busca solucionar gran parte de este problema con la incorporación del denominado **Principio de Oportunidad**, el cual constituye una excepción a la rigidez del principio de legalidad, otorgando a los Fiscales Provinciales la capacidad de abstenerse de ejercer la acción penal no formalizando denuncia, conforme a lo regulado por el Código Procesal Penal y aplicable fundamentalmente a los delitos denominados en la doctrina como *delitos de bagatela*, por su escasa importancia y trascendencia social, que constituyen como ya se mencionó una de las principales causas de la lentitud y congestión en los despachos judiciales penales.

Es en la aplicación de este principio, que se ha incorporado recientemente la institución de la **Conciliación** al sistema procesal penal peruano, implementándose asimismo dos Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad en el Distrito Judicial de Lima; medidas que como se podrá apreciar en los análisis estadísticos que forman parte de la presente tesis, ya están produciendo resultados satisfactorios aunque en una escala poco significativa en relación con la magnitud del problema.

Resulta por ende la motivación y el objeto principal de esta tesis descubrir y analizar las causas que están restando eficacia a la aplicación de la conciliación como trascendental mecanismo alternativo de solución de conflictos en el ámbito penal y que se manifiesta en la realización del principio de oportunidad en la etapa de la investigación preliminar y en la etapa judicial del sistema procesal penal.

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. OBJETIVO GENERAL

- Analizar la problemática y contribuir al perfeccionamiento de la aplicación de la conciliación en la etapa de la investigación preliminar y judicial del proceso penal peruano.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar las causas de los deficientes resultados en la aplicación de la conciliación en la etapa de la investigación preliminar y judicial del sistema procesal penal peruano.
- Establecer los vacíos y deficiencias normativas que no permiten obtener mejores resultados en la aplicación de la conciliación en la etapa de la investigación preliminar y judicial del sistema procesal penal peruano.
- Sugerir posibles alternativas de solución que hagan viable una mejor aplicación de esta institución en el sistema procesal penal peruano.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

El tema de nuestra investigación parte del supuesto que la conciliación recientemente incorporada al sistema procesal penal no viene produciendo los resultados esperados en su aplicación práctica a través del principio de oportunidad en la etapa de la investigación preliminar, a cargo del Ministerio Público y en la etapa judicial a cargo del juez. Es decir que no está cumpliendo la finalidad para la cual fue diseñada en nuestro ordenamiento jurídico vigente y que se encuentra regulada en el Art. 2 del Código Procesal Penal.

Ante ello cabe formularse las siguientes preguntas:

- ¿Por qué es deficiente la aplicación de la conciliación en la etapa preliminar y judicial del proceso penal?

4. HIPÓTESIS

“La aplicación de la conciliación en nuestro sistema procesal penal presenta deficiencias, por la inobservancia de la norma respectiva, por los operadores procesales y por no haber identificado el legislador la problemática socio - jurídica de esta institución procesal penal”.

5. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.

I. VARIABLES INDEPENDIENTES:	1.
I.1. Variable Independiente A	2.
La conciliación en la legislación peruana	1.
I.2. Variable Independiente B	1.
El principio de oportunidad en el sistema procesal penal peruano	
I.1. Variable Independiente C	1.
Ineficacia de las normas adjetivas penales	
I.2. Variable Independiente D	1.
Legislación comparada sobre aplicación del principio de oportunidad	
VARIABLES DEPENDIENTES:	1.
2.1. Variable Dependiente A	2.
Posibles alternativas socio-jurídicas de solución	1.
2.2. Variable Dependiente B	1.
La aplicación de la conciliación en el principio de oportunidad durante la instancia preliminar y judicial a cargo del Ministerio Público y del juez penal respectivamente	

6. UNIVERSO Y MUESTRA DE ESTUDIO.

Esta tesis toma como universo de estudio, el desempeño de las 47 Fiscalías Provinciales en lo Penal de Lima, con respecto a la aplicación del principio de oportunidad a través del cual se desarrolla la conciliación en la etapa preliminar del proceso penal; en el periodo comprendido entre los años de 1992 a octubre de 2001. Cabe mencionar que a partir de

abril de 2001 se crearon las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad cuyos resultados estadísticos también forman parte de esta investigación.

Asimismo, la muestra para la encuesta utilizada corresponde a 20 Fiscales Provinciales en lo Penal de Lima y 30 Jueces Especializados en lo Penal. Del mismo modo, se tomaron para su análisis denuncias penales sobre diversos delitos que se tramitaron y que se encuentran en situación de Archivamiento Provisional, Archivamiento Definitivo, Aplicación del Principio de Oportunidad y Formalización de denuncia, haciendo un total de 08 denuncias analizadas.

7. METODOLOGÍA Y TÉCNICA APLICADA.

El método de investigación jurídica ha aplicarse es el método dogmático, el cual no sólo determina el ámbito a investigar, sino que suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis.

Se emplea también el análisis sustantivo de la normatividad vigente en nuestro país, así como en otros países, aplicables al estudio en ciernes. Igualmente se utilizó la técnica indirecta de la aplicación de cuestionarios y obtención de estadísticas que se elaboraron tomando en cuenta la aplicación del principio de oportunidad.

Nuestros instrumentos como los cuestionarios se aplicaron a 20 fiscales provinciales en lo penal de Lima. También recurrimos al Ministerio Público para obtener las estadísticas de años anteriores al presente estudio.

Asimismo, vimos la pertinencia de elaborar cuadros estadísticos a fin de que puedan ser medidos los datos y analizados, para su posterior contrastación con nuestra hipótesis.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO - DOCTRINARIO

Para comprender mejor nuestro objeto de estudio tenemos que partir de las bases teóricas – científicas planteadas por el Derecho Positivo, es decir, analizaremos las diferentes corrientes doctrinales sobre la Institución jurídica de la Conciliación, la Institución del Ministerio Público, el Fiscal y la Investigación Preliminar, así como el proceso penal peruano. Asimismo, analizaremos y confrontaremos nuestro ordenamiento jurídico vigente en estos temas con parte de la normatividad extranjera.

1. LA CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

A pesar de que la institución de la conciliación tiene larga data en nuestro país, pues se venía aplicando en el proceso civil peruano principalmente; es a partir de noviembre de 1997 con la promulgación de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, que adquiere una mayor dimensión y una importancia creciente como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En este sentido, la conciliación extrajudicial como institución consensual y propiciadora de una cultura de paz, tiene también como finalidad subyacente descongestionar los despachos judiciales de la excesiva carga procesal actual, por lo que

ha venido ampliando su campo de acción desplazándose del primigenio ámbito civil hacia materias como la laboral y penal en cuanto a la reparación civil ¹.

Es así que en los Centros de Conciliación se vienen efectuando conciliaciones en las materias antes señaladas y el Ministerio Público únicamente la viene aplicando en el Principio de Oportunidad, pero sin utilizar las técnicas de la conciliación, sino sólo mediante una reglamentación establecida en la Circular N° 006-95-MP-FN, Instrucciones para aplicar el principio de oportunidad, aprobada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1072-95-MP-FN de fecha 15 de noviembre de 1995; la misma que establece un procedimiento que será detallado en el capítulo siguiente.

A su vez, recientes normas como la Ley N° 27664 publicada el 8 de febrero de 2002 reconocen la validez y eficacia en un proceso penal del acuerdo conciliatorio de las partes, el mismo que puede constar en un documento privado legalizado por Notario, a efectos de la aplicación del principio de oportunidad; siempre y cuando se cumplan obviamente con los requisitos exigidos por el Art. 2 del C.P.P. Además, se han estado incorporando en la aplicación del principio de oportunidad, los procedimientos propios de una conciliación extrajudicial, aunque sin las técnicas conciliatorias correspondientes.

Es así que se notifica para la diligencia conciliatoria ha ambas partes a efectos de solucionar de manera extrajudicial el conflicto e incluso las partes pueden conciliar entre sí ante un notario como ya se mencionó anteriormente. Por ello podemos afirmar que la conciliación en el sistema penal peruano ya se viene aplicando pero de manera muy limitada y no con la magnitud como debería ser acogido este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

1.1. EL CONFLICTO

1.1.1. Teoría del Conflicto

El estudio del conflicto es central para la comprensión de las relaciones interpersonales, grupales, organizacionales, internacionales, así como de la estructura social y cultural presentes en un lugar y tiempo determinados.

El conflicto es un fenómeno natural, inherente a la condición del ser humano y se presenta en todos los tipos de relaciones, así como en sus diferentes niveles: el interpersonal y el intrapersonal ².

Dado que entre los diferentes tipos y niveles de conflicto existe una dinámica y unas características que son comunes a todos ellos, es pertinente entonces, realizar un análisis conjunto y comparativo de ellos.

¹ En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivadas de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme; según lo dispuesto por el art. 9 de la Ley de Conciliación modificado por la Ley N° 27398 publicada el 13.01.2001.

² GATICA RODRÍGUEZ, Miguel y otros. *La Conciliación Extrajudicial*, Lima, Grafica Horizonte S.A., 2000, p. 40.

Las personas se involucran en conflictos porque sus intereses o valores son confrontados, o porque sus necesidades están insatisfechas.

En opinión de Marianella Ledesma ³ desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad, el conflicto ha coexistido con él, como respuesta a la limitación de recursos, a la insatisfacción de necesidades, a la defensa de valores y a equivocadas percepciones, fruto de una deficiente comunicación. A su criterio, podemos decir de manera genérica que el conflicto de incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo.

En ese sentido, citando a Folberg y Taylor ⁴ señala que definen al conflicto como un conjunto de propósitos, métodos o conductas **divergentes**. Igualmente Boulding ⁵ determina que el conflicto es una situación de competencia en que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar una posición que es **incompatible** con los deseos de la otra. Según Pruitt y Rubbin ⁶ es la **divergencia** percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente. Finalmente Boardman y Horowitz ⁷, definen al conflicto como una **incompatibilidad** de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social.

De todas las definiciones propuestas la autora concluye en que hay una idea común a todas ellas: el conflicto está presente cada vez que ocurren actividades incompatibles.

Coincide la autora con el criterio de que el conflicto se produce a todos los niveles del comportamiento humano y puede ser *intrapersonal*, o sea aquel que ocurre al interior del individuo e *interpersonal*, cuando surge entre individuos o grupos de éstos. Ellos no son excluyentes sino que pueden ocurrir de manera simultánea, y no sólo operar en un único nivel.

Conflicto entonces, es la percepción que tienen dos o más personas, o grupos o naciones, de una incompatibilidad de sus acciones u objetivos la cual les genera tensión. Esta percepción puede ser precisa o imprecisa pero las personas en conflicto sienten que la ganancia de uno es la pérdida del otro.

De manera que conflicto significa involucramiento, compromiso y preocupación. En

³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *El Procedimiento Conciliatorio. Un Enfoque Teórico – Normativo*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p. 27.

⁴ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México, Limusa, 1996, p.42.

⁵ Cfr. BOULDING, Kenneth, *Conflict and Defense: a general theory*, Nueva York: Harper & Row, 1961, p.5 citado por Jay FOLBERG, y Alison TAYLOR, op. cit., p. 38.

⁶ Cfr. Citado por Marinés SUAREZ. *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Piados, 1996, p. 73.

⁷ Cfr. BORMAN, Susan K. *Constructive Conflict Management and Social Problems*. Nueva York, Journal of Social Issues, N° 50, vol. 1, 1994, p.4.

tal sentido, si es comprendido y reconocido, puede estimular el mejoramiento y la renovación de las relaciones humanas. Sin conflicto, las personas rara vez enfrentan y resuelven sus problemas. Una relación sin conflicto resulta apática.

Mientras existan los seres humanos los conflictos continuarán, siendo el conflicto un elemento necesario de la interrelación humana que estimulan la creatividad y el desarrollo. Sin las diferencias en lo que queremos, en lo que valoramos, en cómo vemos el mundo, sería casi imposible el cambio. Lo importante no es si existen o no las diferencias, sino cómo se manejan⁸.

Es por ello, que en el campo de la conciliación entendemos la resolución de conflictos como una manera pacífica, respetuosa y mutuamente satisfactoria de solucionar o al menos, reducir significativamente, en forma permanente, dichos conflictos. Se puede poner fin a un conflicto mediante la guerra o la violencia, ya sea destruyendo al oponente o logrando su capitulación. También es posible eliminarlo, temporalmente, por medio de engaños o promesas fraudulentas. Sin embargo, estos métodos no concluyen eficazmente con el conflicto, por el contrario, este permanece latente, dispuesto a explotar con mayor fuerza a la menor oportunidad.

Las investigaciones en este campo demuestran que la posibilidad de resolver un conflicto varía en su grado de dificultad según el tipo de conflicto, habiéndose comprobado que los conflictos de interés son, por lo general, más sencillos de resolver, mientras que los que se refieren a valores presentan un mayor grado de dificultad y los que involucran necesidades humanas básicas insatisfechas resultan los de mayor complejidad.

Hay algunas necesidades humanas básicas que son especialmente pertinentes en los conflictos y su resolución, por ejemplo: las necesidades de reconocimiento, desarrollo, seguridad, identidad y libertad, entre otras.

La presencia de un tercero neutral, el conciliador, puede ser de gran ayuda en la resolución de conflictos, particularmente cuando las partes se perciben unas a otras y a los temas sobre los cuales están disputando, de una manera tan sesgada y limitante, que les resulta imposible ver opciones que puedan resultar mutuamente beneficiosas y satisfactorias, aún teniendo el deseo real de resolver sus diferencias. Es en estos casos que la participación del conciliador puede ser clave, ya que por medio de su conocimiento, experiencia y dominio de las técnicas adecuadas, puede lograr que las partes consideren y vean alternativas que, sin su asistencia, no hubieran podido apreciar.

Aún en los temas más complejos, el conciliador puede ayudar a las partes a entender qué es lo que los hace verse como enemigos. Qué dinámica, qué factores sociales, económicos y políticos, qué ideologías y creencias intervienen e influyen en su mutua percepción negativa. Es posible, entonces, que las partes puedan proyectar y canalizar sus emociones y energías negativas sobre las *causas* del conflicto (y no sobre la persona), trabajando en forma cooperativa con la finalidad de eliminar dichas causas.

De lo expuesto se puede deducir que la conciliación, como medio para la resolución

⁸ TUMES RISCO, Carlos A. (Director) Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores del Colegio de Abogados del Cono Norte. *Manual Teórico del Curso de Conciliación (Materiales de Enseñanza)*.

de conflictos, es realmente un campo multidisciplinario que amalgama el derecho con la psicología, la filosofía, las ciencias sociales y políticas, la antropología, etc. Y, es por ello, que resulta de vital importancia integrar el aporte que la óptica y los métodos de cada una de estas disciplinas puede proporcionar, con la finalidad de hacer de la conciliación una auténtica y poderosa herramienta en la construcción de una Cultura de Paz⁹.

1.1.2. Fuentes del Conflicto

Los conflictos pueden surgir de diversas fuentes conflictivas, generalmente éstas se combinan dando pie a la formación de un conflicto latente, el cual saldrá a la superficie gracias a algún evento precipitante que haga que el fenómeno se convierta en un conflicto manifiesto.

Es importante determinar cuál es la fuente del conflicto en tanto que este factor influirá en la forma cómo se conducirá la audiencia de conciliación y exigirá ciertas estrategias del conciliador para buscar una eventual solución¹⁰.

Entre estas fuentes del conflicto podemos identificar a las siguientes:

- *Los hechos:* el conflicto surge por un desacuerdo sobre *lo que es*. Es decir, las partes tienen una percepción distinta de la realidad (lo que es). Las fuentes principales del conflicto se encuentran en la parte cognitiva de los actores en conflicto, vale decir, en el juicio y las percepciones.
- *Los recursos escasos:* los conflictos basados en intereses provienen del desacuerdo sobre la distribución de ciertos recursos escasos. Es decir, la discusión se centra en *quién obtendrá tal cosa o cuál beneficio* cuando implícita o explícitamente se deba realizar la distribución de estos recursos escasos. La escasez no se da exclusivamente sobre bienes tangibles como el dinero, territorio, objetos o alimentos, sino también sobre recursos intangibles como el poder, status, imagen, etc.
- *Las necesidades humanas básicas:* Los desacuerdos sobre necesidades son desencuentros relacionados a *que debe satisfacerse o respetarse* para que cualquier persona o grupo social pueda desarrollarse plenamente. Nos referimos a necesidades tan vitales como el vestido, alimento, vivienda y a aquellas que sin ser tan obvias representan una necesidad de todo ser humano: respeto, seguridad, reconocimiento, autoestima, etc.
- *Los valores:* estos conflictos se basan en las diferencias en cuanto a *lo que debería ser* como factor determinante de una decisión de política, de una relación o de alguna otra fuente de conflicto. Es decir, la fuente del conflicto proviene de aquellas creencias que determinan la posición de uno de los actores en conflicto; un principio o criterio rector que desea introducirse pero que no es tomado en cuenta o es rechazado por la contraparte. Por ejemplo: los abogados que cometan faltas a la

⁹ GATICA RODRÍGUEZ, Miguel y otros. Ob. Cit., p. 21.

¹⁰ ORMACHEA CHOQUE, Ivan. *Manual de Conciliación*. Lima, USAID - IPRECAM (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación) 1999, p. 15 – 16.

ética profesional deben ser sancionados drásticamente, el uso de métodos anticonceptivos artificiales debe ser fomentado por el Estado, sólo los miembros de un grupo étnico pueden aspirar a puestos dentro del aparato político, etc.

- *La relación:* la situación conflictiva proviene del *estilo de interacción reinante* entre los actores en conflicto, la calidad de comunicación que mantienen, las emociones o percepciones que poseen el uno del otro. Generalmente el tipo de relación es accidentada, las emociones y percepciones mutuas son negativas o equívocas, lo cual facilita el surgimiento de desacuerdos y conflictos.
- *La estructura:* el conflicto surge por el *modo cómo se ha conformado* la estructura dentro de la cual interactúan los actores en conflicto, lo cual fomenta desigualdad, asimetría de poderes, falta de equidad y eventualmente opresión. Por ejemplo: la estructura de una familia fomenta conflictos por el mayor poder que tiene uno de los cónyuges sobre el otro, la conformación de una sociedad determinada promueve la concentración de la riqueza (dinero, tierra, medios de producción, etc.) en pocas manos, entre otros.

En el mismo sentido, Ledesma ¹¹ considera que sea cual fuere la explicación que encontremos sobre los orígenes del conflicto, se podría decir que estos se producen a causa de diferencias sobre recursos, necesidades o valores entre individuos o grupos. Refiere que cuando Ross Stanger ¹² explicaba que el conflicto es la situación en la que dos o más seres humanos desean objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro pero no por ambas partes, incorporaba en su apreciación sobre los orígenes del conflicto a la escasez de recursos, por ello, decía que si los objetivos fuesen considerados asequibles para todos, no se daría el conflicto.

Concluyendo este punto, puede afirmarse que no hay nada más frecuente, quizás, que el conflicto. Como conciliadores, el conflicto puede ser considerado, desde un punto de vista constructivo, como el resultado de ¹³ :

- Diversidad de perspectivas
- Diferentes sistemas de valores y creencias
- Distintos objetivos e intereses

En efecto, lidiar con el conflicto requiere de una adecuada expresión y manejo de las diversas perspectivas, sistemas de valores y creencias e intereses de las partes. Es esencial encontrar a las partes exactamente donde ellos están. Escucharlos intensa, completa y activamente antes de intentar guiarlos a ningún lado. No es posible encaminarse efectivamente hacia la resolución del conflicto hasta que cada una de las

¹¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p.33

¹² Cfr. STANGER, R. *Psychological Aspects of Conflict*, Belmont, California, Brooks Cole, 1967, citado por AISENSEN KOGAN, Aída, en *Resolución de conflictos: un enfoque psicológico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p.17.

¹³ GATICA RODRÍGUEZ, Miguel y otros. Ob. Cit., p. 38.

partes haya realmente experimentado la sensación de haber sido escuchado en “su perspectiva”, entendido “lo que quiere” y “por qué”.

1.1.3. Elementos del conflicto

El conflicto está compuesto por tres elementos:

Situación conflictiva: es aquella en la cual los intereses de las partes no son coincidentes pero sí interdependientes. Es decir, existen entre las partes en conflicto objetivos incompatibles. En una situación conflictiva podemos encontrar: 1.

- - Partes primarias o secundarias.
- - Terceros o intermediarios.
- - Objetivos que se manifiestan generalmente en posiciones.
- - Asuntos conflictivos (problemas).
- - Intereses, necesidades y valores.

Actitudes Conflictivas: las personas involucradas en un conflicto tienen temores, dudas, insatisfacciones y posiciones e intereses percibidos como contrapuestos. Es decir, que el conflicto y la actuación de las partes reconocen cierta carga psicológica, la que se manifiesta en tres aspectos básicos: 1.

- Percepción: cada una de las personas aprecia la realidad de diferente manera, lo que a menudo genera problemas; es por ello que en una situación conflictiva las partes desarrollan una serie de procesos que distorsionan la imagen de la contraparte o la realidad y asumen posiciones de víctimas frente a la otra. Así en el desarrollo de una audiencia conciliatoria las partes traen consigo un conjunto de percepciones, prejuicios y premisas.

Cada una de las partes a menudo piensa:

- - Que tienen la razón (reforzamiento)
- - Que la otra parte es su enemiga
- - Que está siendo víctima de la otra parte (victimización)
- - Que sus actos son razonables (racionalización)
- - Que la otra parte no vale nada (dehumanización)
- - Que la otra parte es siempre así (generalización)

El conciliador debe comprender como piensa y aprecia las cosas cada una de las partes. Será determinante descubrir la manera como ven la realidad ya que de ello dependerá cómo la interpretan ¹⁴.

¹⁴ CAIVANO, Roque J. y otros, *Negociación y Mediación*, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1997

- Emoción: las emociones son fuertes condicionantes de las acciones y actitudes, son una variante constante en una situación de conflicto. Es evidente que la carga emotiva de los conflictos produce un agravamiento hacia una confrontación cada vez más hostil. En una audiencia de conciliación las partes vienen generalmente con una carga emotiva o afectiva producto de una historia conflictiva intrincada. Las emociones deben de ser manejadas primero, antes que cualquier otro asunto.
- Comunicación: una comunicación defectuosa produce peligrosos malos entendidos. Debido a que las partes tienden a ver las cosas desde sus propias perspectivas y, además, quieren manifestar sus sentimientos y puntos de vista tratando de convencer al otro o imponiéndose para que sus argumentos sean aceptados, los conflictos suelen entraparse, por ello, depende del conciliador hacer de la audiencia un proceso de comunicación fluida y productiva, que evite posiciones absolutas, facilitando la creación de un clima favorable para superar las diferencias.

Comportamientos conflictivos: las personas frente a un conflicto pueden asumir diferentes comportamientos y muchas veces negativos. Son las acciones llevadas a cabo por una parte con el fin que la otra modifique o abandone sus objetivos. 1.

Las actitudes de las personas protagonistas del conflicto, sus estilos, estrategias y tácticas han sido objeto de numerosos estudios en el campo de la psicología, habiéndose determinado que existe un modelo de comportamiento, basado en cinco patrones:

- *Competir*, imponer o forzar (consiste en persuadir al otro para que acepte su solución, amenazarlo, imponer sanciones, etc. mantenemos una posición firme hasta lograr un ganador – perdedor).
- *Inacción*, (evitar la acción, retirarse; se decide no hacer nada, pues no se desea satisfacer sus intereses ni que la otra parte satisfaga los suyos; aparentemente vivimos en un clima de tranquilidad, pero existe un conflicto latente).
- *Acceder*, ceder, acomodar (es decir, que una de las partes es condescendiente con la otra y desea satisfacer sus intereses sin tener en cuenta los propios, puede producirse por razones desinteresadas y altruistas o por razones instrumentales, se accede para obtener un beneficio posterior)
- *Transigir*, convenir, negociar (busca un punto medio en la satisfacción de los intereses, es decir, por lo menos una parte de los intereses y necesidades de ambos serán atendidas).
- *Resolver* (el comportamiento es colaborativo entre las partes a fin de buscar una solución que satisfaga al máximo sus intereses, se obtiene un ganador – ganador).

Estos comportamientos se manifiestan en un sentido bidireccional, según sean las perspectivas de una u otra parte, pueden buscar satisfacer sus intereses únicamente o que la satisfaga la otra parte, que ninguno los satisfaga o que ambas los satisfagan.

1.1.4. Formas de solución de conflictos

Al respecto, Ormachea ¹⁵ señala que cuando dos o más actores en conflicto deciden actuar para dar una solución a la relación conflictiva, pueden optar por cualquiera de las siguientes tres formas de solución de conflictos o a la combinación de cualquiera de ellas:

En primer lugar, los conflictos pueden solucionarse a través del **poder**. Es la solución más rápida en tanto basta con una decisión unilateral impuesta sobre la contraparte. El riesgo mayor, sin embargo, es una respuesta que se enfrente a aquella acción unilateral y genere mayor tensión entre las partes. Finalmente, las partes podrían verse involucradas en el espiral del conflicto debido a la relación destructiva a causa de la acción - reacción de la otra parte.

La solución basada en la aplicación de **criterios normativos** en general, no sólo la ley o el derecho, sino la costumbre, los criterios morales, los estándares de conducta, etc. tienen la ventaja de ser criterios objetivos pre-existentes al conflicto que podrían aplicarse para dirimir el caso, aún así en no pocas oportunidades requerirán de interpretación lo cual podría devenir en un debate sobre la verdadera o más justa aplicación del criterio normativo.

Las soluciones basadas en la **satisfacción de los intereses y necesidades** de los actores en conflicto tienden a ser más favorables para ambas partes - a diferencia de lo que sucede con los otros dos criterios - y por tanto fomentan el cumplimiento de los acuerdos. A pesar de estos beneficios, las soluciones basadas en intereses requieren tiempo, conocimiento y habilidades para identificar y articular los intereses de los actores en conflicto.

Finalmente, resulta muy fácil entender las diferencias entre estas tres formas de solución de conflictos si comparamos el manejo de un mismo conflicto por la vía del poder, la aplicación de un criterio normativo o la solución basada en intereses.

Puede añadirse a lo expuesto lo indicado por Ledesma ¹⁶, quien establece que otros estudiosos del tema, como los procesalistas, también han abordado la solución del conflicto bajo las siguientes denominaciones: la autodefensa, la autocomposición y la heterocomposición.

- La autodefensa: los conflictos son solucionados por la acción directa de las partes. Este sistema es un medio parcial porque se es juez y parte a la vez; responde a la forma primitiva que ha tenido el hombre de solucionar sus conflictos, guiado muchas veces, por sus instintos de venganza y de supervivencia.
- La autocomposición: es otro sistema de solución de conflictos, donde sólo la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin a tal antagonismo. Esa voluntad puede ser unilateral, como el caso del allanamiento y el desistimiento o bilateral como la transacción y la conciliación. Alcalá Zamora califica a este sistema como un mecanismo altruista, pues, muchas veces las partes hacen renuncia a la magnitud de sus pretensiones en aras de lograr una solución porque lo que se busca

¹⁵ ORMACHEA CHOQUE, Ivan. Ob. Cit. p. 26

¹⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p.46 – 49.

es reconciliar los intereses de las partes. Éste sí es un sistema lícito – a diferencia de la autodefensa - y puede operar previamente al proceso judicial, al interior y con posterioridad a éste. En estos dos últimos casos, preceden a la acción civil dirigida.

· La heterocomposición: tiene como característica esencial la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes va a decidir el conflicto, en ejercicio de la llamada potestad jurisdiccional. El tercero representativo de la heterocomposición es el juez, quien opera a través del proceso judicial. Las soluciones impuestas en las declaraciones jurisdiccionales generan cosa juzgada y responden a un procedimiento sistematizado, con formalidades y exigencias contenidas en las normas procesales. Si bien decimos que la terceridad es elemento característico del sistema heterocompositivo, también se observa ella en la autocomposición bilateral como la Conciliación o la mediación. El tercero en la Conciliación o mediación es un coordinador, acerca a las partes, facilita la comunicación entre ellos, propone soluciones, pero no va a decidir el conflicto sino las propias partes; en cambio el tercero del proceso judicial llamado juez, sí decide el conflicto porque ejerce la *jurisdictio* como uno de los poderes de la jurisdicción; por otro lado su posición frente a las partes es la de un supraordenador lo que le permite plantear relaciones verticales; en cambio el tercero en la Conciliación es un coordinar entre las partes y responde a una relación horizontal con éstas.

1.1.5. Medios alternativos de resolución de conflictos

Los denominados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, más conocidos por la sigla MARCs, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial. Los MARCs son herramientas que facilitan el tratamiento de conflictos adecuándose a las características que éstos poseen.

Los MARCs no tienen por fin:

- - Desplazar o competir con el proceso judicial.
- - Convertirse en el único medio de solución de conflictos.

La tendencia que deberá observarse a largo plazo es llegar a ver los medios alternativos como Medios Apropriados para la Resolución de Conflictos, a través de los cuales el tercero identifique cuál es el procedimiento más idóneo a las características que posee cada conflicto. Es decir, el especialista, una vez haya recibido un caso, deberá determinar si éste guarda las características necesarias para que sea canalizado a través de una conciliación, mediación, arbitraje, negociación, proceso judicial u otro proceso híbrido de resolución de conflictos.

Entre los tipos de MARCs denominados primarios por Ormachea ¹⁷ podemos encontrar a los siguientes:

- **Negociación:** forma de interrelación o medio de resolución de conflictos entre partes

¹⁷ ORMACHEA CHOQUE, Ivan. Ob. Cit. p. 44 – 46.

con el fin de llegar a un acuerdo o solución a un conflicto.

- **Mediación:** medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero.
- **Conciliación:** medio de solución consensual similar a la mediación, aunque el rol del tercero es más activo en tanto que éste puede proponer soluciones. Sin embargo, las propuestas del tercero no obligan a las partes a aceptarlas.
- **Arbitraje:** mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos por el que las partes acuerdan que un tercero particular resuelva sobre los méritos de los argumentos de las partes.

La interrelación de los medios primarios da lugar a MARCs secundarios como la mediación – arbitraje, el ombudsman o defensor del pueblo, el mini juicio, etc.

Otro punto de vista considera que la constante de procesos que llegan a los juzgados y no logran una solución pronta y satisfactoria ha contribuido a buscar soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos, desarrollándose así conceptos como justicia no jurisdiccional, medios alternativos a la justicia del Estado, mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial, entre otros. Su finalidad es aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal, mediante la creación de otros medios de solución de conflictos, menos formales o solemnes¹⁸.

Dentro de este sistema no jurisdiccional se ubica la Conciliación, como un proceso de gestión de conflictos, en el cual un tercero neutral, ajeno a la disputa e imparcial, ayuda a las partes a lograr una solución mutuamente aceptable, “a negociar un acuerdo”, por ellos es válido decir que la conciliación es una negociación asistida, con una potencialidad transformadora en el modo de encarar o resolver conflictos. Entre los medios de solución de conflictos distintos de la Conciliación, la autora en análisis determina los siguientes: La negociación, la mediación, la transacción y el arbitraje.

Las diferencias entre estos mecanismos alternativos de solución de conflictos y la conciliación, serán estudiadas con mayor detalle más adelante en el presente trabajo.

1.2. LA CONCILIACIÓN

1.2.1. Conceptos generales

La conciliación desde sus albores ha tenido como fin primordial servir de remedio a situaciones en conflicto. Etimológicamente la “conciliatio” proviene del verbo conciliare, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia. Esto nos lleva a decir que la conciliación tiene como condicionante el conflicto y como presupuesto la existencia de más de una voluntad. Como ya hemos referido al inicio del trabajo, el conflicto está latente en todas las manifestaciones de nuestra vida diaria, desde la afectiva, laboral,

¹⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p.176 y sgtes.

familiar, etcétera, lo que nos da una amplia gama de expresiones antagónicas.

Posiblemente, sobre todas estas manifestaciones podamos conciliar, pero, solamente interesa a nuestro trabajo el conflicto con trascendencia jurídica. Ahora bien, no todos los conflictos con trascendencia jurídica podrán ser conciliados. Hay restricciones de orden social, público y moral que niegan la posibilidad de conciliar conflictos que encierran la violación de bienes jurídicos protegidos y que se ubican en la esfera tuitiva del derecho penal. La Ley de Conciliación Extrajudicial regula expresamente dicha prohibición en el Art. 9, dejando solamente la posibilidad de conciliar las relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos. Por tanto, debe precisarse que el tema a tratar a continuación será estrictamente la conciliación que opere en el conflicto con relevancia jurídica ¹⁹.

A. Definición:

Sobre el particular podemos mencionar una serie de definiciones señaladas en el Manual Teórico del Curso de Conciliación del Centro de Formación de Conciliadores antes citado ²⁰.

Etimológicamente la conciliación proviene del vocablo latín **conciliatio, conciliatonis** que significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí (Diccionario OMEBA).

Por su parte Guillermo CABANELLAS, menciona que ***“...la conciliación representa la fórmula de arreglo concertado por las partes. El juicio de conciliación procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. El resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso las partes se avienen, en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le correspondan. Sus efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido”***.

J. Rodríguez, indica que la conciliación es un medio de evitar el litigio. Su objeto es estimular a las partes para que decidan amigablemente sus diferencias, sin empeñarse en el proceso contencioso, pesado y lento, no exento de obstáculos y generalmente costoso.

E. Couture, define a la conciliación como ***“el acuerdo o avenencia de parte que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual”***.

El sistema procesal peruano contempla la conciliación como una alternativa de solucionar el conflicto litigioso antes de emitirse sentencia y luego de sanearse el proceso, constituyendo de esta forma la conciliación un acto procesal obligatorio y bajo la dirección del juez (salvo en procesos en que la cuestión litigiosa sea de puro derecho),

¹⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p. 55.

²⁰ TUMES RISCO, Carlos A. (Director) Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores del Colegio de Abogados del Cono Norte. Ob. Cit. p.14.

por medio del cual las partes o sus representantes proponen una fórmula conciliatoria o en su caso el Juez, con el objeto de dar fin al proceso litigioso, cuyos acuerdos tienen los efectos de la cosa juzgada y sancionando a quien se resista al cumplimiento de lo pactado.

Resulta en tal sentido señalar que, la conciliación es el acuerdo de un conflicto entre dos partes, la cual puede ser intentada por voluntad propia o con la intervención de un tercero, quién toma conocimiento del conflicto y no hace otra cosa que ponerlas en evidencia, para que las partes antes de que acudan al Poder Judicial busquen la avenencia al problema.

De otro lado, Ormachea²¹ considera que la conciliación es un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales - conciliador o conciliadores – asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos. Por tanto, las partes realizarán todos los esfuerzos con la asistencia del tercero para:

- | | |
|--|----|
| Lograr su propia solución. | 1. |
| Mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía. | 2. |
| Mejorar sus relaciones. | 3. |
| Minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema judicial. | 4. |
| Trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo para resolver un problema o conflicto. | 5. |
| Resolver conflictos subyacentes. | 6. |

De otra parte, puede afirmarse que la conciliación desde el punto de vista de la psicología, consiste en una proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de solución.

Asimismo, la definición legal de la Conciliación Extrajudicial o Preprocesal contenida en el Art. 5º de la Ley N° 26892 la define como: “Una institución, que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación o al juzgado de paz letrado, a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto”.

En tanto que el Art. 3ro. Del Reglamento de la Ley, D. S. N° 001-98 JUS la define como un acto jurídico por medio del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses con la ayuda de un tercero llamado conciliador. Se funda en el concepto de la autonomía de voluntad²²”.

Jurídicamente entonces podemos concluir que la conciliación es el acto jurídico e

²¹ ORMACHEA CHOQUE, Ivan. Ob. Cit. p. 56.

²² GATICA RODRÍGUEZ, Miguel y otros. Ob. Cit., p.154.

instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un acuerdo de todo aquello susceptible de transacción permitido por la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.

B. Principios:

De conformidad con lo establecido por la vigente Ley 26872, Ley de Conciliación, los principios que rigen esta institución en nuestro país son:

- **EQUIDAD:** El objetivo de la conciliación es la consecución de un acuerdo justo, equitativo e igualitario para las partes en conflicto. Es el sentido de la justicia aplicada al caso particular materia de conciliación.
- **VERACIDAD:** Se refiere a la necesidad de contar con información fidedigna durante la audiencia conciliatoria.
- **BUENA FE:** Debe entenderse como la obligación de las partes de actuar sin estar guiado por intereses personales. Proceder de manera honesta y leal.
- **CONFIDENCIALIDAD:** La información revelada antes y durante la Audiencia de Conciliación es confidencial y no podrá ser divulgada ni por las partes, ni por el conciliador. El conciliador no podrá ser llamado a un proceso (juicio, arbitraje, etc.) porque goza de esa protección (Art. 2 de la Ley y Rglmto.)
- **IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD:** La intervención del conciliador durante el procedimiento de conciliación será sin identificación alguna con los intereses de las partes.
- **LEGALIDAD:** Implica que los acuerdos conciliatorios deben respetar el orden jurídico existente.
- **CELERIDAD:** Permite una solución rápida y pronta del conflicto (art. 10 y 11 de la Ley)
- **ECONOMÍA:** Está dirigido a que las partes eliminen el tiempo que les demandaría estar involucradas en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso. Está directamente relacionado con la celeridad por cuanto menor sea el tiempo transcurrido, menores serán los gastos en que se incurran.

1.2.2. Diferencias entre la Conciliación y otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

Como se mencionó al estudiar los medios alternativos de resolución de conflictos en el puntoll.1.1.5. precedente, existen una serie de mecanismos alternos al procedimiento judicial para la solución de los conflictos de los miembros de una sociedad; entre los

cuales se ubica la conciliación. En ese entender es necesario realizar un deslinde de estas instituciones con la conciliación, a efectos de comprender las particularidades de la misma.

En nuestro país los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos de mayor aplicación además de la Conciliación son: La Negociación, Mediación y el Arbitraje.

Con respecto a los medios alternativos de resolución de conflictos con intervención de un tercero o negociación asistida como la denomina Roque J. Caivano, hay diferentes denominaciones. En EE.UU, se les denomina MEDIACIÓN, mientras que en otros países de América latina se le ha denominado CONCILIACIÓN, en Argentina en cambio se usa ambas denominaciones para los conflictos de naturaleza civil o comercial la denominación es mediación y para los de naturaleza laboral conciliación²³.

A) LA NEGOCIACIÓN:

Negociar significa trabajar para lograr no un acuerdo sino el mejor acuerdo. Es la ciencia y arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes independientes entre sí, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más, si trabajan juntos, que si se mantienen enfrentados. Pinkas Flint²⁴ la define como un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos más partes tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción. En toda negociación concurren los siguientes elementos: la pluralidad de sujetos y la diferencia de intereses.

El objetivo está orientado a lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían; y, a modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas²⁵.

A diferencia de otros medios alternativos, la negociación se caracteriza porque son únicamente las partes quienes en el proceso negocial, tienen el manejo directo del desarrollo y solución del conflicto. A su vez, la negociación puede clasificarse en:

Negociación Distributiva: Es la negociación mediante la cual el beneficio para una se 1. traduce inmediatamente en pérdida para la otra. Lo que gana uno pierde el otro, de allí su nombre tipo suma cero o ganar / perder. En este tipo de negociación se maximiza el beneficio individual. Es la negociación del regateo.

Negociación Integrativa: Se le conoce también como negociación basada en 2. intereses o tipo suma no cero. Los negociadores buscan en firma conjunta una solución al problema que los aqueja. En vez de manejar el problema en forma competitiva fijando los puntos de resistencia, niveles de aspiración y metas, las

²³ TUMES RISCO, Carlos A. (Director) Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores del Colegio de Abogados del Cono Norte. Ob. Cit.

²⁴ FLINT BLANCK, Pinkas. *La negociación empresarial*. Justo Valenzuela editorial, Lima, 1993, p. 23.

²⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p. 177 y sgts

partes desarrollan una metodología orientada a resolver el problema que aqueja a ambos. La negociación integrativa requiere una actitud similar a la que tienen dos alumnos resolviendo un arduo problema de álgebra.

Negociación Racional: Puede ser definida como el tomar las mejores decisiones para ampliar el servicio a los propios intereses. En otras palabras, frente a una situación determinada, debe tomarse la decisión más acertada en cuanto a si conviene llegar a un acuerdo o si es preferible no acordar y, en caso de acordar, obtener el mejor resultado posible. Esta clase de negociación es la que debería emplearse en el procedimiento conciliatorio previo a la aplicación del principio de oportunidad, logrando un acuerdo satisfactorio para ambas partes mediante la aplicación de las correspondientes técnicas y bajo la dirección del Fiscal.

B) LA MEDIACIÓN:

Es el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Moore define a la mediación como la intervención en la disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión, pero ayuda a las partes en la disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable²⁶.

De otra parte, si bien para la mayoría de los mediadores la meta es simplemente el acuerdo, lo que se quiere es que el mediador aumente la probabilidad que se llegue al acuerdo más integrativo cuando existe una zona de regateo positiva, y a una ruptura cuando la zona de regateo es negativa²⁷.

Otros autores consideran que la mediación tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como de proporcionar un foro para la toma de decisiones. Aún en el caso que no pueda resolverse, la causa esencial del conflicto, puede reducirse a un nivel manejable. Estas posiciones nos llevan a decir que la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto y no la resolución de la desavenencia.

La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyan en sus vidas. Por lo tanto, constituyen un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes. Si bien la mediación es una estrategia de intervención muy difundida, no constituye una panacea. No da resultado si las partes son realmente hostiles entre sí.

La mediación tiene etapas definidas que comprenden una serie de técnicas para

²⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p. 180 y sgts

²⁷ Como los mediadores se concentran en lograr algún acuerdo, a veces se les critica porque no les preocupa conseguir un acuerdo que sirva a los mejores intereses de una o ambas partes. Uno desea un buen acuerdo; para el mediador el incentivo es que haya acuerdo, cualquier acuerdo. Como a veces un punto muerto es mejor que cualquiera de los acuerdos posibles, hay que saber decidir si un acuerdo dado es mejor para uno, o si lo más sensato es retirarse sin acordar nada.

lograr los objetivos necesarios, como: la preparación de un plan o convenio para el futuro, que los participantes pueden aceptar y cumplir; la preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones; y, la reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución consensual. Se puede atribuir a la mediación, objetivos, como: el ayudar a reducir los obstáculos a la comunicación entre los participantes; realizar al máximo la exploración de alternativas; atender las necesidades de todos los que en ella intervienen; y, proporcionar un modelo para la futura resolución de conflictos.

Los mediadores suelen impulsar a las partes realizar concesiones y llegar a acuerdos sobre conflictos de intereses de poca entidad, pero no son tan eficaces cuando el conflicto es profundo, hay mucho en juego o las diferencias percibidas parecen sustanciales.

C) EL ARBITRAJE:

Es un medio de solución de conflictos intersubjetivos, al que se recurre como vía alternativa al proceso judicial para solucionar controversias. Tiene carácter excluyente respecto a éste; porque la existencia de un convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje²⁸. Tal exclusión está condicionada a que la parte a quién interese lo invoque oportunamente mediante la excepción de convenio arbitral²⁹. El convenio arbitral es el acuerdo por el que ambas partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

Dentro de los distintos sistemas de composición de conflictos, el arbitraje se inserta en el heterocompositivo, porque la solución la proporciona un tercero, quien impone su decisión a las partes; no son éstas, sino el tercero llamado árbitro, quien resuelve al conflicto, a cuya decisión las partes quedan obligadas jurídicamente.

Los conflictos solucionados con el arbitraje pueden lograrse atendiendo a la naturaleza disponible, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a derecho, porque cuando son absolutamente dueñas de los derechos subjetivos materiales que se discuten en el conflicto, no se les puede constreñir a solicitar su tutela ante los tribunales, y por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad, habrá de acudir necesariamente al proceso para obtener la solución del conflicto.

El artículo 1 de la Ley General de Arbitraje regula la intervención arbitral bajo los siguientes parámetros: "Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso

²⁸ Ver art. 4 de la Ley General de Arbitraje "salvo pacto en contrario las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral".

²⁹ Ver inc.13 art. 446 CPC.

judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: 1. Las que versan sobre el estado o capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernen exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, Sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución firme. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Lo esencial en el arbitraje es la voluntariedad, ello presupone siempre un acto voluntario de sumisión a ella de las partes en conflicto. La actuación arbitral desemboca en una decisión denominada laudo que pone fin al litigio planteado “de manera irrevocable”. En efecto, por un lado, el laudo decide con carácter definitivo las cuestiones objeto de controversia; por otro, su contenido no puede ser revisado en vía jurisdiccional, por lo que habrá de considerarse irrevocable³⁰; por ello podemos decir que *el arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva.*

El siguiente cuadro tomado de la obra de Ivan Ormachea³¹ permitirá una mejor apreciación de las características y diferencias de los MARCs (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos) y el proceso judicial:

1.2.3. Antecedentes Históricos de la Conciliación en el Perú:

Los antecedentes de la administración de justicia en el Perú nos hablan de la labor que realizaban los alcaldes de cada pueblo, a quienes los vecinos de la comunidad recurrían para la solución de los problemas. Estos no ejercían una función estrictamente conciliadora, todo lo contrario, podíamos catalogarla de heterocompositiva, porque a través del llamado juicio conciliatorio, decidían el conflicto tomando como fundamento la lógica del hombre, que sólo aspiraba al bienestar de los hombres de su comunidad³².

Luego de la independencia del Perú, en octubre de 1821, se creó la Alta Cámara, hoy Corte Suprema de la República y los Juzgados de Paz. En nuestro país la función ejercida por el juez de paz, adquiere cierta autonomía institucional a partir de la Constitución de 1823, debido a que el alcalde no puede atender las funciones de juez de paz por su gran envergadura, nombrándose jueces de paz en base a criterios de número de habitantes por población³³.

Ante este panorama, el Perú republicano inició la redacción de diversos cuerpos

³⁰ Ver art. 59 Ley General de Arbitraje: Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno salvo los previstos en los art. 60 y 61 de la Ley. El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas...”.

³¹ ORMACHEA CHOQUE, Ivan. Ob. Cit. p. 46.

³² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. Cit., p. 62 y sgts.

legales que regularen el nuevo Estado, contemplando dentro de este nuevo orden la figura de la Conciliación. La Constitución de 1823 establecía en su Art. 120 que **“no podrá entablarse demanda civil alguna, sin haberse intentado la conciliación ante el Juez de Paz”**. La Constitución de 1826 en su Art. 112 señalaba que **“habrá Jueces de Paz en cada pueblo para las conciliaciones; no debiendo admitir demanda civil alguna, o criminal de injurias, sin este previo requisito”**. La Constitución de 1828 en su Art. 120 ordenaba que **“en cada pueblo habrá Jueces de Paz, para las conciliaciones, sin cuyo requisito, o es haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil o criminal por injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley”**.

Posteriormente, el Código de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz de 1836, reguló a la Conciliación como un acto previo a la demanda ante un Juez de letras³⁴. Transcurrido el tiempo, el Código de Enjuiciamientos Civiles en 1851 continuó con la posición asumida en el Código de Santa Cruz, esto es, que la conciliación precedía a toda demanda que le correspondía un juicio escrito³⁵.

En el pasado siglo XX, las Constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993, no establecieron la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos que sí consagraban las Constituciones en la primera etapa del siglo anterior. Dejó así de ser un requisito de procedibilidad la conciliación, sin embargo normas de inferior jerarquía legislaron sobre la materia.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 derogó el sistema de conciliación prejudicial quedando así solo como facultad jurisdiccional de los jueces civiles o laborales; en ninguno de sus capítulos se hizo mención a la conciliación, de tal forma que ésta quedó sólo legislada en el mencionado reglamento de los jueces de paz de 1854 en su artículo 42.

El Código Procesal Civil de 1992, introdujo la conciliación obligatoria en los procedimientos dentro del proceso civil, estableciéndola en los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo, en los que se estableció la audiencia de conciliación como acto procesal obligatorio.

La Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872 establece nuevamente la conciliación prejudicial obligatoria como medio alternativo de resolución de conflictos y como requisito de procedibilidad.

En síntesis, consideran los autores³⁶ que la conciliación el Perú ha atravesado

³³ Cfr. LOLI, Silvia. *Historia, Derecho y Sociedad en el Perú Republicano del siglo XIX*. Revista Politeia, Lima, en PUENTES DEL BARRIO, Luis. *Juzgados de Paz en la Costa Norte del Perú*. Diaconía para fila justicia y la paz, Arzobispado de Piura y Tumbes, 1997, p. 44.

³⁴ El art. 119 del Código de Santa Cruz refería: “no se admitirá demanda civil, sin que la acompañe un certificado del Juez de Paz, que acredite haberse intentado el juicio conciliatorio, bajo pena de nulidad, excepto los casos en que este no sea necesario”.

³⁵ El art. 284 del Código de Enjuiciamientos Civiles lo enunciaba así: “la conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito, excepto en los casos que expresa este título”.

históricamente por cuatro etapas:

1. La conciliación extrajudicial obligatoria ante los Alcaldes en el periodo comprendido entre los años 1812 a 1834.
2. Conciliación extrajudicial facultativa ante los Jueces de Paz en el periodo de 1834 a la fecha.
3. Conciliación judicial en los juzgados civiles a partir de la promulgación del Código Procesal Civil de 1992.
4. Conciliación extrajudicial obligatoria en los centros de conciliación extrajudicial a partir del año 2000.

En consecuencia, desde la promulgación de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, podemos hablar en el Perú de la Conciliación Pre Judicial o Pre Procesal y de la Conciliación Judicial conforme a lo regulado en el Código Procesal Civil, Art. 323, el cual establece que las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

Podemos concluir que la conciliación como mecanismo procesal para la solución de conflictos en el Perú, no es una institución nueva, sino que su existencia data de muchos años atrás, tal como lo hemos analizado en este punto.

1.2.4. Tipos de Conciliación y normatividad legal en el Perú

Como bien lo establece Ormachea ³⁷ una de las principales clasificaciones de la conciliación es la que toma en cuenta el ente que la conduce. La conciliación judicial está a cargo de un magistrado, la administrativa la realiza un funcionario de la administración pública, la privada la ejecuta un tercero particular, la del Ministerio Público queda a cargo del fiscal respectivo, la comunitaria está bajo la dirección de las autoridades de las comunidades nativas o campesinas y la arbitral a cargo de árbitros o terceros dentro del procedimiento arbitral.

A continuación, mediante un cuadro tomado de la obra del mencionado autor, quedan claramente establecidos los tipos de conciliación en el Perú tomando como base la normatividad legal existente:

Como se puede apreciar, de los diferentes tipos de conciliación señalados anteriormente, podemos destacar para los fines de esta tesis, la conciliación efectuada ante el Ministerio Público y específicamente ante el Fiscal. A su vez, la conciliación prevista por intermedio del principio de oportunidad, de escaso conocimiento y difusión por los operadores del derecho y la ciudadanía en general, merecerá un estudio pormenorizado en el siguiente Capítulo III.

³⁶ GATICA RODRÍGUEZ, Miguel y otros. Ob. Cit., p.152-153

³⁷ ORMACHEA CHOQUE, Ivan. *Manual de Conciliación Procesal y Preprocesal*. Revista 3, Edición Especial, Academia de la Magistratura. Lima, 2000, p. 69.

1.2.5. Conciliación Judicial y Extrajudicial en el Perú

A mayor abundamiento podemos decir, que en el caso de la conciliación judicial, esta figura fue impuesta en nuestro país, en materia civil, como una etapa obligatoria dentro del proceso. Así el Código Procesal Civil establece que luego de la etapa postulatoria (demanda - contestación), y una vez saneado el proceso, el juez fija día y hora para la audiencia de conciliación.

Conforme lo establece el artículo 469° del C.P.C., la audiencia tiene por finalidad propiciar la conciliación entre las partes, a través del juez, quien luego de escuchar las razones, propone una fórmula de conciliación. Sin embargo, aún cuando la institución de la conciliación está prevista en el Código Procesal Civil, sólo se ha considerado dentro de un proceso judicial, no habiéndose logrado los resultados que se esperaban.

El obstáculo para que se desarrolle dicha institución dentro del proceso radica en que los magistrados, que son los encargados de estudiar las diferencias entre los litigantes y proponer en dicha audiencia alternativas de solución al conflicto, no disponen del tiempo ni de la capacitación en técnicas de negociación necesaria para lograr que se concilien las diferencias. Queda entonces la alternativa de que la conciliación sea procurada por instituciones ajenas al Poder Judicial.

Ahora bien, en torno a la Conciliación Extrajudicial, doctrinariamente existen posiciones contrapuestas en relación al sujeto encargado de propiciar la conciliación. Así, algunos autores han negado al Estado dicha facultad en las controversias surgidas entre intereses privados, aduciendo que la conciliación sólo interesa a las partes.

Otros autores refieren que el Estado, como ente encargado de la función jurisdiccional por antonomasia, tiene un interés mayor en que las controversias se solucionen sin necesidad de ocasionar mayor desgaste y carga al sistema jurisdiccional y, por lo mismo, debe estar facultado para procurar la conciliación.

Cualquiera de las dos posiciones nos llevan a la conclusión de que la conciliación, sea procurada por el Estado, dentro de un proceso judicial, o por particulares bajo supervisión del mismo, es necesaria y conveniente para el país.

Claro está que de existir instituciones privadas investidas de facultades conciliadoras, éste medio alternativo de solución de conflictos se llevará a cabo con mayor eficacia.

Las ventajas que ofrece con relación a los procesos judiciales, en cuanto a duración, eficiencia, fácil acceso, satisfacción de ambas partes, mayor flexibilidad y otros beneficios adicionales, como la descarga de los despachos judiciales, sin duda harán que por fin dicha institución prospere.

A continuación efectuamos una síntesis de las principales diferencias entre la Conciliación Judicial y la Extrajudicial en nuestro país:

La Conciliación Judicial (CJ) está a cargo del juez. La Conciliación Extrajudicial (CE) 1. la realiza el conciliador extrajudicial en el Centro de Conciliación y alternativamente el juez de paz letrado o el juez de paz (artículo 60° del Reglamento).

En la Conciliación Extrajudicial, las partes pueden conciliar extrajudicialmente en el 2.

momento en que así lo decidan. En la Conciliación Judicial (Art. 323° del C.P.C.) se puede hacer en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

La Conciliación Extrajudicial es solicitada únicamente por las partes, mientras que la Conciliación Judicial puede ocurrir ante el juez del proceso, en la Audiencia convocada de oficio o cuando es solicitada por las partes (art. 324° del C.P.C.).

La Conciliación Judicial se realiza en los despachos judiciales. La Conciliación Extrajudicial, en un Centro de Conciliación autorizado o ante el juez de paz letrado.

La Conciliación Judicial es una fase o etapa del proceso judicial, llamada Audiencia de Conciliación. La Conciliación Extrajudicial es un procedimiento autónomo, previo o paralelo al proceso judicial.

La responsabilidad disciplinaria del juez en el proceso judicial se circunscribe a las normas del Código Procesal Civil y Ley Orgánica del Poder Judicial. La responsabilidad de los conciliadores por el Reglamento de Sanciones a Conciliadores y Centros de Conciliación (Resolución Ministerial N° 174-98-JUS).

Las partes pueden asistir a la Audiencia de Conciliación Judicial, personalmente, acompañados de sus abogados o a través de un representante o apoderado. En la Conciliación Extrajudicial, no es necesario que las partes acudan con sus abogados, excepcionalmente se contempla la asistencia de apoderados.

En la Conciliación Judicial, El juez concilia sobre la materia señalada en la demanda o reconvención, mientras que en la Conciliación Extrajudicial se puede resolver también las controversias identificadas posteriormente.

En la Conciliación Judicial, el juez está obligado a proponer una fórmula conciliatoria. En la Conciliación Extrajudicial, el conciliador está facultado (no obligado) a proponer las fórmulas conciliatorias que considere convenientes.

En la Conciliación Judicial, si las partes no llegan a un acuerdo, el juez señala la fórmula conciliatoria y la parte que no prestó su conformidad. En la Conciliación Extrajudicial, el acta no puede registrar las propuestas de las partes, basta con señalar los acuerdos o la situación objetiva que impidió el logro de los acuerdos (art. 16 de la Ley de Conciliación y 24 del Rglmto).

La Conciliación Judicial, obliga al juez a multar al renuente luego de realizar un análisis comparativo entre su sentencia y la fórmula conciliatoria rechazada (art. 326° C.P.C.). En la Conciliación Extrajudicial no se contempla esta figura.

En la Conciliación Judicial (art. 325° C.P.C.), la verificación de la legalidad de los acuerdos conciliatorios recae en el juez. En la Conciliación Extrajudicial, la realiza el abogado adscrito al Centro de Conciliación, salvo que el conciliador sea un abogado colegiado.

1.2.6. Materias conciliables

Tal como lo establece la vigente Ley de Conciliación, éstas se encuentran reguladas en el Art. 9³⁸ de la Ley y en el Art. 7 del Reglamento, estableciéndose que son materias

conciliables por las partes las pretensiones determinadas o determinables, que versen sobre derechos disponibles.

En ese entender, podemos mencionar en el ámbito civil a manera de ejemplo las controversias jurídicas que vienen siendo sometidas al procedimiento conciliatorio previo, como requisito de admisibilidad antes de recurrir a la vía jurisdiccional:

- Desalojos.
- Otorgamiento de Escritura Pública.
- Interdictos.
- Obligación de Dar Suma de Dinero, de Hacer y No Hacer.
- Convocatoria a Junta o Asamblea.
- Indemnización.
- División y Partición de Bienes.
- Resolución de Contrato.
- Rescisión de Contrato.
- Incumplimiento de Contrato.
- Rectificación de Areas o Linderos.
- Reivindicación.
- Retracto.
- Mejor Derecho de Propiedad.
- Ofrecimiento de Pago.
- Problemas vecinales.
- Cualquier otro conflicto que trate sobre derechos disponibles.

Por su parte, en el ámbito del derecho de familia son asuntos conciliables:

- Alimentos.
- Régimen de Visitas.
- Violencia Familiar.

Igualmente en el derecho penal son conciliables:

- La cuantía de la reparación civil, derivada de la comisión de delitos, en cuanto no

³⁸ "Artículo 9.- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. También los son las que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que se deriven de la relación familiar. El conciliador tendrá en cuenta el interés superior del niño. La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la ley. No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiere sido fijada por resolución judicial firme".

haya sido fijada por resolución judicial firme.

A su vez en el derecho laboral serán conciliables:

- Los derechos laborales disponibles, no así aquellos que por su naturaleza son irrenunciables.

Cabe precisar que el Art. 6 de la Ley y el 7 del Reglamento, establecen la conciliación prejudicial como requisito obligatorio de procedibilidad, disponiendo asimismo los casos que serán objeto de conciliación facultativa:

- Cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero.
- En los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.
- Cuando se ha convenido que el conflicto se resuelva mediante arbitraje.

Es pertinente precisar que la función del conciliador no es jurisdiccional, éste se limita a inducir y facilitar el acuerdo, no resuelve la controversia, sino propicia su solución; es más, no emite decisiones de derecho.

El conciliador no impone fórmulas, no dicta medidas coercitivas ante determinadas actitudes de las partes, en suma no tiene ninguna de las facultades inherentes a la actividad jurisdiccional. El pretender asumir que las actas constituyen documentos jurisdiccionales por el hecho de que pueden ser ejecutadas por la vía de un procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales, es desconocer lo estipulado por el artículo 713° del Código Procesal Civil que establece que constituyen títulos de ejecución las resoluciones judiciales firmes, los laudos arbitrales y los que señale la ley.

Es imposible, entonces, que exista un fuero sin actividad jurisdiccional, sin personas que emitan decisiones de derecho, sin "notio" (facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales), sin "vocatio" (facultad de citar a las partes para comparecer bajo apercibimiento), sin "jus coercio" (facultad de castigar con penas leves el desacato), sin "jus executio" (facultad de ejecutar sus sentencias), sin "jus imperium" (facultad de mandar).

En consecuencia al no constituir actividad jurisdiccional la desarrollada por los conciliadores, no puede de ninguna manera interpretarse la función conciliadora privada como constitutiva de un fuero. Los jueces emiten sentencias, los árbitros laudos, los conciliadores no emiten decisión alguna.

1.2.7. Situación Actual de la Conciliación Extrajudicial en el Perú

De las estadísticas oficiales proporcionadas por la Secretaría Técnica de Conciliación del Ministerio de Justicia, podemos inferir los siguientes hechos:

Podemos apreciar que el número de conciliadores a nivel nacional se ha venido incrementando de manera significativa en los últimos años, hasta llegar a un número importante de estos profesionales de diversas especialidades capacitados para este fin. Por lo que consideramos que actualmente existe un número adecuado de conciliadores

extrajudiciales para cubrir la demanda de estos servicios complementarios a la administración de justicia.

Puede observarse que el número de Centros de Conciliación Autorizados se incrementó de manera importante a partir del año 2001, coincidiendo con la obligatoriedad de recurrir a estos Centros establecida en la Ley de Conciliación, llegando sobretodo en el caso de Lima ha un crecimiento inusitado que se espera no influya de manera negativa en la calidad del servicio que brindan estos Centros, ante la intensa competencia que obliga muchas veces a reducir honorarios.

Como se aprecia de los datos presentados, las conciliaciones iniciadas y culminadas en materia penal en los Centros de Conciliación Gratuitos del MINJUS, representaron una cantidad ínfima del total de conciliaciones iniciadas y culminadas durante el año 2001, situación que consideramos puede ser revertida con una mayor difusión y modificaciones en la legislación sobre conciliaciones que permitan incluir además del monto de la reparación civil, a los delitos menores o de bagatela, tal como se detalla posteriormente.

Asimismo, de la información estadística proporcionada podemos resaltar que de las conciliaciones concluidas en los Centros de Conciliación Públicos según tipo de acuerdo, de Enero a Diciembre de 2001, las mismas culminaron según los siguientes resultados:

- Por acuerdo total de las partes 33%
- Por inasistencia de una parte 28 %
- Por inasistencia de las partes 27%
- Falta de acuerdo 10%
- Por acuerdo parcial 1 %
- Desconocimiento domiciliario 1 %

De otra parte, el número de Audiencias de Conciliación concluidas según la materia en los Centros de Conciliación Gratuitos del MINJUS en el periodo enero a diciembre 200, es como sigue:

- En materia civil 5,980 (52.78%)
- En materia de familia 4,998 (44.12%)
- En materia laboral 272 (2.40%)
- En materia penal 49 (0.43%)
- Otros 30 (0.267%)

2. EL MINISTERIO PÚBLICO, EL FISCAL Y LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

2.1. EL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público es el organismo que representa a la sociedad ante los tribunales, para proteger la defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el Derecho. Hay que notar que el Ministerio Público no defiende al Estado ni a sus funcionarios (eso lo hacen los procuradores públicos mencionados en el artículo 47 de nuestra Constitución vigente). Esto quiere decir que, por ejemplo, podrá enjuiciar a un alto funcionario, o demandar legalidad de algún organismo del Estado que actúe contra Derecho. Tiene dos organismos máximos: el Fiscal de la Nación que lo preside y la Junta de Fiscales Supremos (que elige al Fiscal de la Nación). La Constitución no establece expresamente la estructura interna del Ministerio Público. Eso se hará por ley³⁹.

Puede afirmarse también que cuando el Estado asume el monopolio de la penalidad, surge la necesidad de contar con funcionarios públicos dedicados a la investigación de los delitos, actuando en nombre de la sociedad agraviada.

Se justifica entonces la existencia del Ministerio Público por la necesidad de defender los intereses de la sociedad, afectados con la comisión de los delitos. Los organismos del Estado tienen funciones propias que no pueden confundirse con ésta de defensa social. Muchas veces el agraviado por ignorancia, incapacidad económica, desidia, temor o por haber muerto y no tener familiares, desatiende la acción penal y el Juez ignorando el delito, no puede abrir instrucción y más tarde sancionar al autor. En estos casos es indispensable la presencia de quien represente a la sociedad que resulta agraviada con la comisión de todo delito.

Existen otros delitos –los llamados de peligro– en que no hay agraviado concreto, como es el caso de las infracciones contra la Salud Pública y de ignorarlos el Juez, quedarían en la impunidad. En todos estos casos la intervención del Ministerio Público es decisiva para denunciar al delito y sancionar al autor⁴⁰.

2.1.1. Evolución Histórica del Ministerio Público

Su origen histórico aparece en Francia cuando a comienzos del siglo XIV se dicta una Ordenanza que crea un representante especial para que al mismo tiempo que vele por los intereses del Estado, defiende los de la sociedad, especialmente en el campo de los delitos. Con esto se perseguía suprimir la denuncia privada que había alcanzado auge mediante el “chantage”. En España en el mismo XIV, se crea el Procurador General o del Rey, encargado de defender los derechos de la Corona así como los de la sociedad, para el caso de los delitos.

Al instalarse la Corte Suprema de la República, en febrero de 1825, junto con los Vocales se nombra al Fiscal. Sus contornos aparecen en el Reglamento de Tribunales de 1854 y con más precisión en la Ley Orgánica de 1912. Su nombre era Ministerio Fiscal

³⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. 6ta Edición, DESCO, Lima, 1996, p.170.

⁴⁰ GARCIA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 8va. Edición, EDDILI, Lima, 1984, p. 82 – 83.

convertido en la actualidad en Ministerio Público, qué es más exacto. Con algunas variantes su función principal ha sido de carácter judicial, especialmente en el ramo penal, no obstante lo cual antes de la creación de la Fiscalía en lo Administrativo de la Corte Suprema y de las Procuradurías, tenían a su cargo la defensa de los intereses del Estado y eran parte en las demandas que se le formulaban.

El Ministerio Público aunque ya no integra el Poder Judicial, siempre representa el interés social y está encargado de hacer valer la pretensión punitiva –como dice Manzini– para la sanción de los delitos, pero teniendo independencia en el ejercicio de sus funciones, las que desempeña según su propio criterio y sin obedecer órdenes superiores, salvo las derivadas de la jerarquía funcional. Hoy es el titular de la acción penal ⁴¹.

Por su parte Cubas ⁴² considera que desde el Reglamento Provisional que dictó el General San Martín en 1821 hasta la Carta Magna de 1933 el Ministerio Público estuvo concebido como un organismo dependiente del Poder Judicial, que representaba el interés social y actuaba como auxiliar ilustrativo del Juez o Tribunal; y dentro de este contexto establecieron sus funciones y atribuciones los Códigos de Procedimientos Penales y las Leyes Orgánicas del Poder Judicial.

El artículo 250° de la Constitución Política de 1979, estableció que el Ministerio Público es un Organismo autónomo y jerárquicamente organizado y le asignaba en 7 incisos sus atribuciones, conservando las que tenía cuando formaba parte del Poder Judicial, pero incorporándole nuevas e importantes funciones tales como:

- Defensa de la legalidad, de los Derechos Ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley.
- Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial. Actuar como Defensor del Pueblo ante la Administración Pública.

El texto Constitucional disponía que los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías y les afecta las mismas incompatibilidades.

El nombramiento de los Fiscales está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos. Su Ley Orgánica, Decreto Legislativo 052 contiene las disposiciones relacionadas con su estructura y funcionamiento, así el Art. 36° establece cuáles son sus órganos siendo éstos:

- El Fiscal de la Nación.
- Los Fiscales Supremos.
- Los Fiscales Superiores.
- Los Fiscales Provinciales.

⁴¹ GARCIA RADA, Domingo. Ob. Cit., p. 82.

⁴² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*, Palestra Editores, Lima, 1997, p. 79 y sgtes.

También lo son:

- Los Fiscales Adjuntos.
- Las Juntas de Fiscales.

La nueva estructura orgánica del Ministerio Público fue aprobada por los Decretos Supremos 009-93-JUS y 36-94-JUS, luego de la pseudo reorganización llevada a cabo después del 05 de abril de 1992, sólo considera como órgano de gobierno a las Juntas de Fiscales Supremos y Superiores; nada dice respecto a los Fiscales Adjuntos. Lo importante de estos dispositivos es que crean dos Fiscalías de vital importancia, la Fiscalía Suprema en lo Constitucional y Social y la Fiscalía Suprema de Control Interno, pero en la Ley Orgánica, por ser disposición anterior, no están contempladas las funciones y atribuciones de estos Fiscales, ni de los Fiscales del Niño y del Adolescente previstas en el código de la materia.

La Carta Magna que entró en vigencia en enero de 1994 en el artículo 158° establece que el Ministerio Público, es un organismo autónomo, presidido por el Fiscal de la Nación, el mismo que es elegido por la Junta de Fiscales Supremos por tres años prorrogables vía reelección sólo por otros dos años. Respecto a las jerarquías de sus órganos, contiene igual disposición que la anterior.

Sus funciones están señaladas en el artículo 159° de la Constitución de 1993 y encontramos dos modificaciones importantes respecto a la constitución anterior:

- Ya no ejerce la Defensoría del Pueblo, que está a cargo de un organismo autónomo.
- Respecto a su función persecutoria, amplía sus facultades, al establecer que le corresponde "conducir desde su inicio la investigaciones del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función"

2.2. FACULTADES DEL FISCAL COMO REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Las funciones y atribuciones del Ministerio Público en general y del Fiscal Provincial en particular, han evolucionado desde una función puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, en el Código de Procedimientos Penales de 1940, pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979 hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente, convirtiendo así al Fiscal en INVESTIGADOR, poniendo fin a la polémica acerca de la legalidad del nuevo modelo procesal penal.

Las atribuciones del Fiscal provincial, según la Constitución vigente, el C. de P.P., el C.P.P., la L.O.M.P. son, entre otras, las siguientes:

Promover la acción judicial en defensa de la legalidad. 1.

-
- Ejercitar la acción penal. Ejercicio que comprende el inicio, su participación en el desarrollo de la investigación, la acusación y su participación en el juicio oral. 2.
- Conducir desde su inicio la investigación preliminar del delito. La Ley Fundamental del Estado ha encargado al Ministerio Público la función persecutoria del delito que consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados y de ser justificado solicitar la aplicación de las penas pertinentes, haciendo del Fiscal una institución idónea al sistema procesal acusatorio y a la vez impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación. 3.
- El Fiscal Provincial al tener conocimiento de la comisión de un delito perseguible por ejercicio público de la acción penal, en cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 09 y 10 de su Ley Orgánica, puede constituirse al lugar de los hechos, para efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los mismos, levantando las actas correspondientes. 4.
- El Fiscal Provincial en vista de la noticia del delito y según sea el caso de conformidad con sus atribuciones constitucionales decidirá alternativamente mediante resolución fundamentada: Realizar una investigación preliminar directa. Realizar una investigación preliminar por medio de la Policía Nacional o Formalizar denuncia penal ante el Juzgado Penal e instar para que se dicte el auto apertorio de instrucción con lo que se inicia la investigación formal. 5.
- Conforme a lo dispuesto por los Arts 12 y 94 de la L.O. del M.P. el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado una comprobación preliminar podrá dictar resolución fundamentada adoptando cualquiera de las siguientes alternativas: Declarar No ha lugar a formalizar denuncia penal y ordenar el archivo definitivo de lo actuado. Ordenar el archivo provisional de lo actuado. Puede abstenerse de promover la acción penal, aplicando el principio de oportunidad a que se refiere el Art. 2 del C.P.P. y la Directiva sobre la materia. Formalizar la denuncia teniendo en cuenta lo dispuesto por el inciso 2 del Art. 94 de la L.O.M.P. 6.
- Cuando se ha dictado la Resolución de Apertura de Instrucción se inicia formalmente el Proceso penal, y durante su primera etapa, la instrucción o investigación judicial, el Fiscal Provincial tiene las siguientes atribuciones: Interviene obligatoriamente en todas las diligencias que se realicen. Tiene la carga de la prueba. Está obligado a garantizar el derecho de defensa y demás derechos del imputado. Emite dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos de libertad provisional, libertad incondicional, Excepciones, Cuestiones Previas, Cuestiones Prejudiciales. En los casos de minoría de edad debe solicitar la libertad inmediata. Puede solicitar al Juez la adopción de medidas coercitivas. 7.
- Al concluir la primera etapa del proceso penal o investigación según los resultados obtenidos puede dictar alternativamente, tratándose de delitos de trámite sumario, los siguientes dictámenes: Dictamen no acusatorio y Dictamen acusatorio. Tratándose de Proceso Ordinario el Fiscal Provincial emite Dictamen final acerca de las investigaciones. 8.

Puede impugnar las resoluciones dictadas por el juez penal en el desarrollo del proceso. 9.

El Fiscal Provincial interviene en los procesos especiales tales como: Proceso de terminación anticipada establecida para los casos de tráfico ilícito de drogas y delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana y asimismo interviene en el denominado Procedimiento de colaboración eficaz. 10.

Es oportuno mencionar que el Fiscal Superior en lo Penal, en la etapa del juzgamiento tiene un rol preponderante y una participación activa. Empieza con los actos preparatorios emitiendo dictamen que puede ser formulando la acusación que, como en el caso del Fiscal Provincial tiene efecto vinculante; opinando no haber mérito para pasar a juicio oral y solicitando se dicte resolución de archivo respecto a la instrucción.

Durante el juzgamiento puede ofrecer nuevas pruebas; además interroga directamente al acusado, formula acusación oral y puede impugnar las resoluciones emitidas por la Sala Penal⁴³.

2.3. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Denominada también Indagación Preliminar, ésta constituye la etapa inicial de la investigación necesaria en la mayoría de los casos para el ejercicio de la acción penal.

El Fiscal actúa con plena autonomía e iniciativa ante la denuncia formulada por la persona agraviada u ofendida por el delito o también actúa de oficio, cuando tenga conocimiento directo de la comisión de un hecho delictuoso o la sospecha de la perpetración del mismo y su intervención es precisamente para averiguar si se reúnen los presupuestos de la realización del delito y la determinación de los autores y partícipes a efecto de promover la acción penal ante el juez y continuar con la búsqueda de las pruebas necesarias para los fines de la investigación, sean éstas de cargo o de descargo.

Como lo afirma Schone el Fiscal se convierte en el dueño de la investigación y en tal sentido, decidirá sobre la forma de la investigación a seguir, sea orientando la que realice la policía bajo su dependencia, sea realizando personalmente la misma, para lo cual citará a los implicados y requerirá de las autoridades y entidades la información necesaria. Asimismo, decidirá al término de la indagación sobre la persecución penal o el archivo de la indagación (arts, 112° – 114°).

En cuanto al plazo, el código no lo ha previsto de manera expresa, lo que puede ser prudente dada la naturaleza de los hechos, sujetos a indagación, su dificultad o complejidad o carencia de los presupuestos mínimos necesarios. Obviamente se debe considerar un plazo razonable acorde con el objeto de indagación⁴⁴.

En la indagación preliminar las funciones del Ministerio Público se regulan por las

⁴³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit. p.87 y sgtes.

⁴⁴ El Anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1992 consideró un término no mayor de 30 días calendario para la indagación preliminar la que podría ser prorrogada por la naturaleza de los hechos por un plazo igual (art. 20 inc. 2).

disposiciones del Capítulo “De los actos preparatorios” del art. 104º y siguientes del nuevo Código⁴⁵.

Por su parte, Binder⁴⁶ considera que el proceso penal comienza por enfrentarse a un hecho social o a un conflicto del que sabe muy poco. Sin embargo, por alguna vía, las autoridades a quienes el Estado les ha encargado la investigación de los delitos –fiscales o jueces de instrucción- se deben enterar acerca de si ese hecho conflictivo –que podrá ser un delito o podrá, no serlo- ha existido en realidad.

Estos canales a través de los cuales ingresa la primera información (y que por eso mismo se les puede considerar como los que dan nacimiento al proceso penal) se denominan “actos iniciales del proceso” y pueden ser de distinta clase.

El primero y más común es la *denuncia*, el acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial, lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, fiscales, jueces). Esa persona podrá ser alguien que de algún modo se halla involucrado en ese conflicto (víctima o familiar de ella, por ejemplo) o cualquier otra persona que haya conocido el hecho, razones también diversas (testigo presencial, por referencias, etc.).

A su criterio, los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos presuntamente delictivos, aunque se pueda considerar deseable que lo hagan. Refiere que un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un Estado policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden: tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos constitucionales.

Por tal razón, determina que es posible afirmar que los códigos procesales no pueden en un orden constitucional, establecer una obligación general de denunciar; sin embargo sí pueden establecer casos particulares de denuncia obligatoria. La obligación de denunciar está ligada a situaciones particulares y eso es algo muy diferente a una obligación genérica, que terminaría convirtiendo a todos los ciudadanos en sospechosos, a la vez que en delatores.

Los códigos procesales suelen establecer requisitos para que las denuncias valgan como tales. El denunciante no se convierte en sujeto procesal, ni adquiere mayores responsabilidades por el resultado final del proceso penal, aunque es común que se establezca que sí es responsable (responsabilidad que se manifiesta procesalmente en el pago de las costas, por ejemplo), si su denuncia es maliciosa o temeraria. En algunas ocasiones, quién hace la denuncia es directamente la víctima y no sólo se limita a dar noticia del hecho, sino que además, solicita intervenir en el proceso penal como sujeto procesal, querellante (en la legislación argentina).

El tercer modo normal de iniciar el proceso penal se da cuando los órganos de persecución penal toman noticia directa de un supuesto hecho delictivo. Estos son los casos de conocimiento de oficio. El más común de todos ellos es la prevención policial, es decir, cuando la policía ha tomado noticia de un presunto delito y comienza las

⁴⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. IDEMSA, Lima, 1994, p..57.

⁴⁶ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad – Hoc*, Buenos Aires, 1993, p. 211 y sgtes.

investigaciones preventivas, bajo las órdenes de algunos de los órganos principales de la persecución (que podrán ser los fiscales o los jueces de instrucción).

Luego de los actos iniciales, mediante los cuales ha ingresado formalmente una hipótesis delictiva al sistema judicial, comienza un periodo netamente *preparatorio*, que consiste en un conjunto de actos –fundamentalmente de investigación- orientados a determinar si existen razones para someter a una persona a un juicio. El pedido del fiscal, consistente en que se inicie juicio respecto de una persona determinada y por un hecho determinado, se denomina acusación. Por lo tanto, bien podemos decir que luego de los actos iniciales del proceso, comienza un conjunto de actividades procesales tendientes a preparar la acusación.

Ese conjunto de actividades procesales preparatorias que pueden recibir el nombre de *sumario, procedimiento preparatorio, instrucción o investigación preliminar o preparatoria*, puede ser organizada de distintos modos, que dependen de la cercanía o lejanía que tenga el sistema procesal respecto del modelo acusatorio.

Por ejemplo, aquellos sistemas procesales que siguen el modelo inquisitivo encargan la investigación o desarrollo del sumario al *juez de instrucción*. Una vez que éste termina de reunir las pruebas, le envía el sumario al fiscal, para que sea él quien requiera la apertura a juicio (acusación). Aún aquellos sistemas que no siguen plenamente el sistema inquisitivo, sino que siguen el modelo llamado “mixto” o “inquisitivo reformado”, le entregan también la investigación al juez, para que realice una instrucción formal y que luego, sobre la base de ese sumario, el fiscal requiera la apertura de un juicio oral y público. Otros sistemas, que se acercan mucho más al modelo acusatorio, le entregan la investigación preliminar o instrucción directamente al *fiscal*, quien se convierte en el encargado de preparar la acusación que él mismo presentará.

Señala Binder que durante el periodo preparatorio existen cuatro tipos de actividades:

- Actividades puras de investigación. 1.
- Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento. 2.
- Anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar su producción en el debate. 3.
- Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales. 4.

En principio, esta fase preliminar o preparatoria del proceso penal es una fase de *investigación*. La investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba. En la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales, lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación, más o menos mecánica, de hojas que transcriben actas. Este fenómeno de burocratización de la investigación –fenómeno que genera mucha impunidad- es una consecuencia del

procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase, lo cual lleva necesariamente a una formalización excesiva de la investigación.

A su juicio, cuando afirmamos que esta primera fase del proceso penal es “preparatoria”, queremos decir fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como prueba. Se ha visto ya que existe una garantía básica que consiste en el juicio previo, es decir, que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o su inocencia. El juicio es, pues, *el momento de la prueba*, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán paraprobar la imputación en el juicio; ése es, precisamente el sentido de las palabras “preparatorio de la acusación”, con las que calificamos al procedimiento previo al juicio.

Cuando la investigación o instrucción ha sido encargada al juez de instrucción, él realiza dos tareas que son incompatibles en sí mismas: por un lado, debe ser investigador –y como tal, el mejor investigador posible- pero por otra parte, él debe ser el custodio de las garantías procesales y constitucionales. No obstante, otro modo de organizar la investigación preliminar consiste en acentuar el carácter acusatorio del sistema, dividiendo las dos funciones básicas, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar, quedando reservada para el juez la tarea de autorizar o tomar decisiones, pero nunca de investigar.

Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales (incluso el Código Procesal Penal Italiano, que tanta influencia ha ejercido, ha evolucionado en su última versión de 1989 hacia este sistema), en la práctica ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales.

Los fiscales, por su parte, tienen la responsabilidad de la investigación, y los jueces, la función jurisdiccional. Por supuesto, estos dos modelos señalados son sólo modelos básicos, ya que existen muchas maneras de combinarlos, de hacerlos coexistir (como aquellos sistemas que le entregan al fiscal la investigación preliminar –o citación directa, como también suele denominársela- de los delitos menores), estableciendo distintos puntos de mixtura.

A su vez, Cubas⁴⁷ señala que una vez tomado conocimiento del hecho denunciado, el Fiscal provincial, mediante resolución fundamentada puede alternativamente disponer lo siguiente:

- Abrir una investigación preliminar directa, es decir practicar una investigación en el Despacho Fiscal.
- Abrir una investigación preliminar por medio de la Policía Nacional, para cuyo efecto se remitirá los antecedentes con la resolución y el oficio pertinente a una Dependencia Policial, que según la naturaleza del caso puede ser una Unidad Especializada, como la División de Investigación de Estafas, División de Investigación de Robos, , División de Investigación de Secuestros o simplemente a una Delegación

⁴⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob.Cit. p. 121 y sgtes.

Policial, como en los casos de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud cometidos por negligencia (como consecuencia de accidentes de tránsito); delitos contra el patrimonio como hurto y daños, etc. La policía al término de la investigación elabora un atestado o un parte policial con los resultados a que se arribó. La policía elaborará un atestado cuando considere que los hechos constituyen delito y elabora un parte cuando en su criterio los hechos no constituyen delito. Pero sus decisiones no obligan al Fiscal que como titular del ejercicio de la acción penal, en cualquiera de los casos puede formalizar denuncia o archivar los actuados.

- Formalizar directamente la denuncia ante el Juez Penal. En algunos pocos casos la denuncia formulada ante el Fiscal Provincial por la parte agraviada puede dar lugar a que se formalice directamente ante el Juzgado Penal, sin que sea necesario practicar la investigación preliminar, para el efecto, al hacerse la calificación debe determinarse si se reúnen los requisitos a que se refiere el art. 77 es decir si existe causa probable de la comisión del delito. En esta eventualidad es potestativo hacer o no una resolución disponiendo formalizar en el día denuncia penal. Al formalizar denuncia penal el Fiscal Provincial, de conformidad con lo dispuesto por el inc. 2do. del art. 94 de la L.O.M.P. debe cuidar que esta contenga lo siguiente: a) La exposición de los hechos de que tiene conocimiento, b) el delito que denuncia indicándolo de manera genérica y específica, c) La pena con que está sancionado, y d) la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.

De la misma manera al referirse el autor a la calificación del resultado de la investigación preliminar, es de la opinión que tanto en el sistema mixto vigente como en el acusatorio del Código Procesal Penal, el Fiscal luego de realizada la investigación preliminar, decidirá si promueve o no acción penal, adoptando cualquiera de las siguientes alternativas:

- Si considera que el hecho denunciado no constituye delito o que la acción penal ha prescrito, resuelve no formalizar denuncia penal y ordena el archivo definitivo de la denuncia y notifica al denunciante.
- En el supuesto que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltase la identificación del autor o partícipe, archiva provisionalmente lo actuado y solicita la intervención de la policía para que continúe las investigaciones con el fin de identificar al autor o autores del delito.
- Puede **abstenerse de promover la acción penal**, aplicando el **principio de oportunidad** a que se refiere el art. 2 del Código procesal Penal y que es objeto de la presente investigación).
- Si durante la investigación preliminar se ha determinado que los hechos denunciados constituyen delito, si se ha descubierto a su presunto autor o autores, si la acción penal no está prescrita y si se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, el Fiscal formalizará la denuncia cumpliendo con los requisitos precedentes señalados en un párrafo anterior.

3. EL PROCESO PENAL PERUANO

3.1. GENERALIDADES

El conjunto de intereses, facultades o prerrogativas de cada uno de los integrantes del grupo social y los de la comunidad en general, adquieren la calidad de bienes jurídicos cuando están protegidos por el Ordenamiento Jurídico; es decir cuando frente a la lesión o puesta en peligro de estos bienes, el derecho acude en su resguardo, buscando prevenir estas lesiones o puestas en peligro, al desvalorar las conductas lesivas o peligrosas y atribuir *Responsabilidad* a los agentes de dichas conductas; esto significa que mediante la coerción estatal, se obligará al agente a responder por las consecuencias dañosas de sus acciones⁴⁸.

En ese sentido, como bien señala Roxin⁴⁹ los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

Por ello, la distinta valoración que se hace de los bienes jurídicos, genera las distintas formas de responsabilidad, esto es la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal. Con respecto a esta última responsabilidad, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico recurre al control penal para proteger a los bienes jurídicos cuya valoración es superior a la valoración hecha a los bienes jurídicos protegidos por la responsabilidad civil y por la responsabilidad administrativa.

Por ende, quedan amparados por el control penal (derecho penal y sistema penal y sistema penal en general) los bienes a los que la sociedad y el ordenamiento jurídico les atribuyen mayor trascendencia para la propia convivencia del grupo social y el desarrollo individual de cada uno de sus componentes. Por lo tanto, serán estos bienes jurídicos o intereses sociales trascendentes, los que requieren del control y protección provenientes del control penal.

En consecuencia, el fin de la responsabilidad penal es sancionar al agente del delito, mediante la imposición de una pena, en satisfacción de un interés público, cuyo titular es la sociedad y que se materializa con la acción penal en el correspondiente proceso penal.

A su vez, puede afirmarse que cuando se afecta este interés público -afectándose al bien jurídico- se dice que se ha cometido un delito. Ahora bien el concepto de delito puede ser enfocado desde diversas perspectivas, como la de Muñoz Conde⁵⁰: **“desde**

⁴⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La Reparación Civil en el Proceso Penal*. IDEMSA, Lima, 1999, p. 27.

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General* Traducción de Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p.56.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal*. Terant lo Blanch, Valencia, 1996.

el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio NULUM CRIMEN SINE LEGE que rige el moderno derecho penal y que impide considerar como delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal”.

Por su parte, Velásquez⁵¹ tiene una concepción dogmática del delito al cual define como: **“acción típica antijurídica y culpable... Esto significa que se trata de un concepto estratificado, integrado por diversos niveles o plazos de análisis. Por ello, frente a una determinada conducta, lo primero que debe hacerse es averiguar si está descrita en el ordenamiento jurídico y precisar, en su caso si se adapta o no a una o varias de las disposiciones contenidas en la ley (tipos penales o supuestos de hecho) concluyendo dicho juicio con la afirmación de la tipicidad o atipicidad del comportamiento según el caso; además, si contraría tanto formal como materialmente el plexo jurídico, se emitirá un nuevo juicio y se señalará que es antijurídica (constitutiva del injusto) o en caso contrario, que es ajustada a derecho. Finalmente, si al autor le era exigible un comportamiento distinto del que realizó se emitirá el correspondiente juicio de culpabilidad, en caso contrario se dirá que la conducta es inculpable”.**

Retomando a Gálvez⁵², éste considera que es el interés público afectado, el que fundamenta el reproche penal que la sociedad y el ordenamiento jurídico hacen al agente de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, precisamente por no haberse motivado en el fin de la norma protectora de dicho bien; y es este reproche el que determina la culpabilidad del agente, y consecuentemente su responsabilidad penal.

El autor considera que el interés público del proceso penal, a diferencia del interés privado materia del proceso civil, se ventilará en Sede Penal y precisamente mediante el Proceso penal, y será en este proceso donde se establecerá si se cometió o no el hecho causante de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (delito), en qué circunstancias y cuáles fueron los móviles de su comisión, así como el grado de participación del agente inculpatado.

Sobre el mismo punto Montero Aroca⁵³ señala que: **“desde el punto de vista más general el criterio base de distinción es aquel que se refiere a si con el proceso el tribunal tiende a actuar el derecho penal o cualquier otra rama del derecho objetivo. Estamos así ante pena o no pena, o si se prefiere, proceso penal o proceso civil. Este es el criterio base y todos los demás que atienden al derecho objetivo a actuar por medio del proceso están subordinados a él; todos los procesos son así o penales o no penales”.**

Continúa el autor refiriendo que las diferencias entre uno y otro (proceso penal y proceso civil), radican en el criterio base que distingue entre **necesidad y oportunidad**. Siendo que el criterio de necesidad rige y orienta al proceso penal y el criterio de

⁵¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1995, p.283.

⁵² GALVEZ VILLEGAS. Ob. Cit. p.41.

⁵³ MONTERO AROCA, Juan y Otros. *Derecho Jurisdiccional*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 289.

oportunidad al proceso civil). Estableciendo que son estos criterios los que dan particularidades a ambos procesos; quedando el proceso penal sujeto al criterio de necesidad; y en tal virtud, en dicho proceso se perseguirá a todas las conductas infractoras de la norma penal, el interés discutido será intransigible, siendo únicamente la sociedad y el Estado en su representación, la titular del bien jurídico materia del proceso.

Aunque señala con acierto el autor que debemos tomar en consideración el principio de oportunidad establecido en varios ordenamientos jurídicos y en especial en el nuestro, el cual incorpora en el Código Procesal Penal en su artículo 2 la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito penal, el cual será objeto de un mayor análisis más adelante en esta investigación.

A manera de premisa inicial sobre este punto señalamos lo opinado por Solé Riera⁵⁴ : ***“La aplicación por razones de política criminal del principio de oportunidad a la indisponibilidad del objeto del proceso penal supone una serie revisión de esta materia que, si bien la dogmática clásica ha considerado como uno de los fundamentos del JUS PUNIENDI del proceso penal, merece una reinterpretación a tenor de la utilidad pública o social que se pretende conseguir, y que dada la orientación de las últimas reformas legislativas penales va adquiriendo mayores ímpetus, con la encardinación de ese principio de oportunidad a nuestro sistema procesal penal... El fomento de la reparación de los perjuicios de toda índole causados a la víctima es fundamento suficiente para asumir la aplicación del principio de oportunidad, siempre que se cumplan los presupuestos previstos en la ley y no se confundan con una aplicación arbitraria de los preceptos legales”***.

3.1.1. Formas del Proceso Penal.

En nuestro actual ordenamiento procesal existen dos tipos de procesos penal para juzgar los delitos perseguibles por acción pública: Ordinario y Sumario. La querrela es una vía procesal establecida para los delitos perseguibles por acción privada⁵⁵.

A. Proceso Penal Ordinario:

Es el proceso penal tipo al que se refiere el Art. 1 del Código de Procedimientos Penales en función al sistema procesal mixto, cuando sostiene: *“El Proceso Penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción o periodo investigador y el juicio, que se realiza en instancia única”*.

En este proceso se pueden ver las dos etapas claramente definidas, la instrucción o investigación realizada aún por el Juez Penal y el Juicio llevado a cabo por la Sala Superior. A partir de la vigencia del citado código todos los juicios se siguieron por éste trámite; pero pocos años después, a raíz de la sobrecarga laboral en los entonces Tribunales Correccionales, se estableció otro trámite procesal al que se le denominó Sumario.

⁵⁴ SOLE RIERA, Jaime. *La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal*. Bosch, Barcelona, 1972.

⁵⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob.Cit. p. 11 y sgts.

En el proceso Ordinario se conocen los delitos más graves tipificados en el Código Penal conforme a lo dispuesto en la Ley 26689, en cuyo artículo 1º establece: **Se tramitarán en la vía ordinaria** los siguientes delitos previstos en el Código Penal:

1. En los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: los de parricidio previstos en el artículo 107 y los de asesinato tipificados en el artículo 108.
2. En los delitos contra la libertad: los de violación de la libertad personal previstos en el artículo 152 y los de violación de la libertad sexual previstos en el artículo 173.
3. En los delitos contra el patrimonio: los de robo agravado previsto en el artículo 189.
4. En los delitos contra la Salud Pública: el de tráfico ilícito de drogas tipificado en los artículos 296, 296-A, 296-B, 296-C, y 297.
5. Todos los delitos contra el Estado y la Defensa Nacional previstos en el Título XV.
6. Todos los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden constitucional previstos en el Título XVI.
7. En los delitos cometidos contra la Administración Pública: los de concusión tipificados en la Sección II, los de peculado señalados en la Sección III, los de corrupción de funcionarios previstos en la Sección IV.

En estos procesos se cumplen claramente las dos etapas: Una de investigación que tiene un plazo de cuatro meses, que puede prorrogarse hasta por 60 días más, para hacer acopio de las pruebas que determinen si se ha cometido o no un delito y si existe o no responsabilidad penal del procesado. Y una segunda etapa de juzgamiento o Juicio Oral que se realiza ante el tribunal colegiado de la Sala Penal, bajo los principios rectores de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez.

B. Proceso Penal Sumario

Se estableció bajo el fundamento de lograr celeridad en la Administración de Justicia, con plazos más breves, fue instaurado originalmente para delitos que no revisten gravedad, tales como daños, incumplimiento de deberes alimentarios, delitos contra la vida el cuerpo y la salud cometidos por negligencia, etc.

En este proceso se le otorga facultad de fallo al Juez que instruye, quien dicta sentencia por el solo mérito de lo actuado en la instrucción, sin mayor análisis ni evaluación de las pruebas y sin hacer propiamente Juicio Oral. En consecuencia, se vulneran las garantías de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez. Sus antecedentes los encontramos en el Decreto Ley 17110 dictado por el Gobierno Militar en 1969 y, posteriormente, en 1981 se amplió a muchos otros delitos por mandato del Decreto Legislativo 124. Actualmente se ha ampliado el trámite del proceso penal sumario a la mayor cantidad de delitos previstos en el Código Penal, en virtud de lo dispuesto por el artículo segundo de la Ley 26689 vigente desde el 1 de Diciembre de 1996.

Desde su origen se han formulado fundadas críticas al proceso sumario porque vulnera las garantías procesales propias del juzgamiento. Sin embargo, se viene

ampliando el número de delitos sometidos a éste trámite procesal.

Como consecuencia de la Ley 26689 la mayor parte de los delitos se ventilan en vía sumaria, lo que constituye una grave violación del debido proceso, por cuanto el trámite de las causas en esta vía se reduce a la etapa de instrucción o del sumario y la sentencia se dicta sin realizar en acto oral y público un debate sobre las pruebas reunidas, se sentencia sin hacer propiamente juicio. Aquí hay que tener en cuenta las palabras de Carnelutti cuando sostiene: "...castigar quiere decir ante todo juzgar. El delito, después de todo, puede hacerse de prisa, precisamente porque a menudo es sin juicio, si quien lo comete tuviese juicio, no lo cometería; pero un castigo sin juicio sería, en vez de castigo, un nuevo delito".

Además como consecuencia de la aplicación de la citada ley, si bien es cierto se reduce el número de procesos de trámite ordinario, lo que conlleva el descongestionamiento a nivel de las Salas Penales; inevitablemente producirá un congestionamiento a nivel de Juzgados Penales aumentando así las graves deficiencias existentes, sobre todo mayor morosidad que es caldo de cultivo de la corrupción judicial.

C. Proceso Penal por Querella

Está reservado para los delitos que se persiguen por acción privada, es decir para aquellos que requieren denuncia e impulso de la parte agraviada (o su sustituto), como son los casos de los delitos contra el honor, contra la libertad sexual, contra la intimidad, lesiones culposas leves, etc. En estos casos, el mismo Código Penal, en los arts. 124, 138, 158 y 178 señala expresamente este trámite, el cual es similar al del juicio sumario, con la diferencia que luego de interpuesta y admitida la querella, el juez cita a una diligencia de comparendo en la que puede haber conciliación entre las partes. Si éstas no se ponen de acuerdo se pasan a la actuación de pruebas y luego se dicta sentencia que puede ser impugnada ante la Sala Superior. En estos casos no interviene el Representante del Ministerio Público. Así está regulado en los artículos 302 y sgts. Del C. De P. P.

Sobre este punto, San Martín Castro⁵⁶ considera que en atención a la naturaleza de la infracción penal, la legislación procesal divide los procedimientos, desde una perspectiva general, en :

- | | |
|---|----|
| Procedimiento común, destinado a los delitos graves; | 1. |
| Procedimiento sumario o abreviado, para los delitos menos graves, y | 2. |
| Procedimiento por faltas, circunscrito a las faltas. | 3. |

El primero y el último se encuentran regulados en el Código de 1940, mientras que el segundo, el sumario o abreviado, fue incorporado posteriormente por el Decreto Ley N° 17110 y, luego, por el Decreto Legislativo N° 124, modificado por la Ley N° 26689.

El Código de 1991 reconoce estos tres procedimientos ordinarios, aunque adopta una denominación distinta. Para los delitos menos graves, está el procedimiento

⁵⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Vol II, Editorial Jurídica Grijley, 1999, p. 919.

ordinario; para los delitos graves (Libros II y III), el procedimiento especial por razón de delito (Libro V, Título I); y, para faltas, el procedimiento por faltas (Libro V, Título IV).

La clasificación adoptada, como explica Montón Redondo, está prevista, en principio, para todo tipo de hechos punibles, de ahí su calificación de *ordinarios* y se determinan atendiendo a su naturaleza. Sin embargo, también existen *especialidades procedimentales y procedimientos especiales*.

Los *procedimientos con especialidades procedimentales*, están estructurados sobre la base del procedimiento común, al que se le introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas esencialmente a la competencia del órgano jurisdiccional, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales, considerándose como factores principales que justifican su incorporación: la condición de la persona a enjuiciar y el tipo de delito.

Los *procedimientos especiales*, en cambio, están previstos para delitos muy concretos o circunstancias específicas de especial relevancia procesal, configurándose modelos de procedimiento muy propios, por entero alejados del modelo ordinario.

Los *procedimientos especiales* incorporados en el vigente ordenamiento procesal penal son :

Procedimiento por delito privado (Libro IV, Títulos I y II), que incluye la denominada 1. sumaria investigación para delitos contra el honor a través de medios de comunicación social (Decreto Ley N° 22633, art. 2°);

Procedimiento por colaboración eficaz, destinado a determinados delitos funcionales 2. en agravio del Estado, a delitos tributarios, de tráfico ilícito de drogas y delitos agravados (Decreto Ley N° 25582 y Decretos Legislativos N°s 815, 824 y 901); y

Procedimiento de terminación anticipada, para los delitos menos graves de tráfico 3. ilícito de drogas y delitos aduaneros (Leyes N°s 26320 y 26461).

A su vez, existen dos *procedimientos penales especiales*, al margen de la jurisdicción ordinaria:

El procedimiento militar, regulado en el Código de Justicia militar; y 1.

El procedimiento tutelar contra adolescentes, previstos en el Código del Niño y del Adolescente. 2.

3.1.2. Etapas del Proceso Penal

Todo proceso penal teóricamente debe tener dos etapas ⁵⁷ :

Instrucción o Investigación Judicial 1.

Que tiene por objeto reunir las pruebas acerca de la comisión del delito, las

⁵⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob.Cit. p. 14 y sgts.

circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles, así como establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices.

La primera etapa está sujeta a plazos que varían en función del tipo de proceso: cuatro meses cuando es ordinario, dos meses cuando es sumario, los mismos, que pueden ser prorrogados por sesenta días o treinta días más, respectivamente, conforme a lo dispuesto por los artículos 202 del C. De P.P. y 3 del Decreto Legislativo 124.

Juicio Oral o Juzgamiento 1.

El cual debe realizarse ante otra autoridad jurisdiccional, Juez de Fallo para los procesos Sumarios o Sala Superior Colegiada para Procesos Ordinarios, esta etapa debe llevarse a cabo en audiencia pública y además con las garantías de la oralidad, contradicción e intermediación. Para esta etapa no se señala plazo, pero debe desarrollarse en audiencia única desde su inicio hasta su culminación.

Como hemos señalado estas dos etapas sólo se dan en los procesos ordinarios, no así en los sumarios.

En el modelo procesal acusatorio todo proceso penal tiene dos etapas.

Investigación dirigida por el Fiscal " con plenitud de iniciativa y autonomía". 1.

Juicio Oral, que se realiza en Audiencia oral y pública ante el Juez Penal o la Sala Penal (que son competentes exclusivamente para dirigir la etapa procesal del Juzgamiento). 2.

3.2. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

A. Regulación legal y naturaleza jurídica

Este procedimiento tiene su origen en el instituto del " *patteggiamento* " italiano, introducido por la Ley N° 689, de 24 de noviembre de 1981. Según SILVIA BARONA VILAR, la mayoría de la doctrina italiana entiende que ese término es la traducción del *plea bargaining* del sistema angloamericano, pero lo cierto es que difiere notablemente de dicho modelo procesal. En el Perú su incorporación ha tomado como fuente los arts. 444° al 448° del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 " *applicazione della pena su richiesta delle parti* " y, en segundo orden, el art. 37° del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley N° 81, de 2 de noviembre de 1993 ⁵⁸.

El procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad, muy sentida, de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de simplificación del procedimiento parte en este modelo del *principio del consenso*. El citado procedimiento simplificado opera, al decir de PADOVANI, como un "filtro selectivo consensualmente aceptado", en donde la premialidad correlativa a la

⁵⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 1022 y sgts.

solicitud o a la aceptación de tales filtros incentiva su funcionamiento, deja a las partes, desde una lógica propia del procedimiento acusatorio, un poder dispositivo para que puedan configurar el objeto del proceso⁵⁹. El consenso, según BARONA VILAR, opera, de modo básico, sobre el tipo de pena y sobre la calificación jurídica y, como efecto reflejo, sobre el procedimiento al determinar una particular clausura del mismo⁶⁰.

El objeto de negociación es, pues, la pena, aunque desde ya es del caso puntualizar, siguiendo a PEDRO BUTRÓN BALIÑA, que ello no importa negociar el cargo que se imputa o una pena distinta a la prevista legalmente⁶¹, lo que a juicio del autor revela que ese instituto respeta las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones.

Señala que es de tener presente, según entiende Giovanna María ANCA, que este procedimiento, auténtico "*negozio transattivo*" basado en las recíprocas concesiones que tienen lugar entre acusación y defensa, permite al acusado evitar la publicidad negativa de los debates, el pronunciamiento de una sentencia de condena bajo la óptica contradictoria, así como la eventual experiencia carcelaria; mientras que el sistema de justicia obtiene una disminución de número de procesos penales pendientes⁶².

B. Finalidad

La finalidad funcional de este procedimiento es reducir los tiempos de la causa. Lo hace mediante formas de definición anticipada, de ahí su nombre en nuestro país, respecto a lo que ocurre en el procedimiento ordinario, aunque destacando la voluntad del imputado, puesto que el sistema procesal - explica Antonio Patrono - concede una importancia a la fase del juicio en la cual el acusado puede ejercer su derecho de defensa⁶³.

El criterio de economía procesal que inspira este procedimiento, tiene como *presupuesto* el acuerdo entre el imputado y el Fiscal sobre el procedimiento y la pena, obligando al juez a fundar su convencimiento sobre la verdad de los hechos, acota Aniello Nappi, en base a las investigaciones prejurisdiccionales o actos sumariales, sin dejar de formar las pruebas en el contradictorio de las partes propias del juicio oral; y, como *efecto* evitar la celebración del juicio oral y una exclusiva función premial al conceder una rebaja de pena si la causa culmina por esta vía⁶⁴.

⁵⁹ Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 135.

⁶⁰ BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch; Valencia, 1994, p.131.

⁶¹ BUTRINO BALIÑA, Pedro. *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p.150.

⁶² Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA. *La justicia penal negociada*, cit., p.133.

⁶³ Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA. *La justicia penal negociada*, cit., p.137.

⁶⁴ Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA. *La justicia penal negociada*, cit., p.138.

C. Competencia

El procedimiento de terminación anticipada está circunscrito, en cuanto a su *delimitación objetiva*, a dos rubros delictivos:

Los delitos de tráfico ilícito de drogas, previstos en los arts. 296°, 298°, 300°, 301° y 302° del Código Penal.

La totalidad de los delitos aduaneros, regulados en la Ley N° 26421. La Fiscalía de la Nación reguló el comportamiento procesal de los fiscales en dicho procedimiento a través de la Circular N° 005 -95-MP-FN, publicada el 16 de noviembre de 1995.

Para este efecto, y como se trata de un procedimiento limitado a determinados delitos, debe estarse a lo expresamente consignado en el auto de apertura de instrucción. El cuestionamiento sobre la tipificación del delito no puede hacerse a través de la solicitud de terminación anticipada. Por consiguiente, en este caso, sólo será procedente dar curso a la solicitud respectiva una vez que se haya dilucidado, en incidencia aparte, cuál es el tipo penal que se amolda a los hechos objeto del proceso penal.

Si la causa también se sigue por otros delitos (acumulación), el procedimiento de terminación anticipada puede instaurarse, en la medida que dichos ilícitos no sean de mayor gravedad que el de tráfico ilícito de drogas o aduanero. Rige aquí el principio de primacía de mayor gravedad de la infracción; es decir, el delito más grave, cuando exista concurso procesal de delitos sujetos a trámites distintos, determina el procedimiento a seguir.

D. Oportunidad

Este procedimiento, en cuanto a su *delimitación temporal*, puede intentarse una vez que se haya dictado el auto de apertura de instrucción y durante la etapa de investigación o de instrucción.

En la Ley N° 26320 se precisa que el límite máximo para presentar la solicitud es la culminación de la etapa de instrucción. En cambio, en la Ley N° 26461 se señala como límite extremo al momento anterior a la formulación de la acusación fiscal, de suerte que si el expediente se encuentra en la Fiscalía Superior y se presenta la solicitud antes de que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, entonces la Sala Penal Superior deberá devolver los actuados al Juzgado Penal par su respectiva tramitación y, mientras tanto, debe diferirse todo pronunciamiento hasta que culmine dicho procedimiento.

E. Legitimación

Desde su *delimitación subjetiva*, este procedimiento sólo puede ser instado por el imputado y el Ministerio Público. La parte civil o el tercero civil están excluidos de la posibilidad de plantearlo. Es más, la parte civil no tiene ni siquiera posibilidad de oponerse e imposibilitar su realización, sin que a ello obste el derecho que le asiste de formular peticiones y requerimientos en aras de la defensa de sus derechos e intereses

legítimos.

Como todo acto postulatorio, la solicitud debe fundamentarse. Para estos efectos se debe tener presente dos presupuestos esenciales: *primero*, este procedimiento está destinado a discutir los alcances de una futura sentencia condenatoria, por lo que debe existir en autos suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado; y *segundo*, no está en tela de discusión la tipificación del delito realizada en el auto de apertura de instrucción; consecuentemente, las discusiones acerca de las " circunstancias del hecho punible ", sobre las que puede haber aceptación total o parcial, están referidas a las agravantes y a las atenuantes genéricas, así como a los demás elementos que condicionan la penalidad (v. gr errores de tipo, de prohibición o de comprensión, siempre que sean vencibles; eximentes imperfectas; tentativa, complicidad).

3.3. RESARCIMIENTO EN EL PROCESO PENAL

Sobre el particular, Gálvez Villegas⁶⁵ considera en los casos en que el hecho dañoso configura delito, el Estado en ejercicio de su pretensión punitiva, incoará el proceso penal correspondiente; y en este proceso el agraviado o sujeto pasivo del daño, llevado por su pretensión resarcitoria particular, solicitará la reparación o resarcimiento del daño sufrido, apersonándose debidamente en el proceso penal, es decir *constituyéndose en parte civil* dentro del proceso penal.

Afirma también, que aún cuando el agraviado no se apersona en el proceso penal para constituirse en parte civil, - y de este modo ejercitar su pretensión privada-, mediante la propia actuación de las autoridades del control penal -Jueces y Fiscales-, se puede perseguir el resarcimiento del daño. Pues como se ha dicho, en estos casos configurativos de delito, además del interés privado del ofendido, en la reparación del daño, existe un interés público de parte del Estado y de la sociedad en su conjunto, de proteger el bien jurídico afectado y consecuentemente buscar la reparación del daño.

Estima con acierto que es éste interés público en la reparación del daño, el que legitima y obliga al Fiscal y al Juez a perseguir y determinar el monto de la reparación civil dentro del proceso penal, aun cuando el propio agraviado u ofendido no se haya apersonado en el proceso para solicitar la reparación del perjuicio.

De otra parte, Prado Saldarriaga⁶⁶ considera que la reparación puede ser enfocada desde diferentes perspectivas; en primer lugar desde una concepción tradicional que la identifica como una consecuencia civil del hecho punible. En segundo lugar, refiere que la reparación también merece un tratamiento especial a partir de un moderno enfoque que la visualiza como una nueva modalidad de sanción del delito o como una alternativa eficaz frente a las penas privativas de libertad.

La reparación civil en el Código Penal de 1991 se encuentra regulada en el Título VI,

⁶⁵ GALVEZ VILLEGAS. Ob. Cit. p. 210

⁶⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 275.

compartiendo ubicación sistemática con las consecuencias accesorias, con las cuales a criterio del autor carece de relación. A su vez, como lo expresa el artículo 101: la reparación civil se rige además por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Esto es por las normas que regulan la Responsabilidad Extracontractual en los artículos 1988 y 2001 de este cuerpo de leyes.

Con respecto a los alcances de la reparación civil, el autor es de la opinión que el art. 93 del Código Penal de 1991 reproduce similar contenido que el Código Penal derogado de 1924. Conforme a este dispositivo la reparación civil comprende dos aspectos:

- La restitución del bien y
- La indemnización de los daños y perjuicios.

Se entiende por restitución el retornar el bien afectado a su condición anterior al delito. Por ello el artículo 94 del Código Penal indica que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros.

Sobre este punto, MORILLAS CUEVA⁶⁷ señala: se ha escrito, y con razón, que la vía más sencilla para afrontar la responsabilidad civil dimanante del delito o falta es la de restablecer la situación al momento anterior a la comisión delictiva. Es decir, si el delito ha supuesto privar o desposeer a otro de una cosa, nada más lógico que devolverle la misma.

Se considera como indemnización el pago de una cantidad de dinero como compensación por el daño y los perjuicios ocasionados a la víctima o a su familia con el delito. Por ende en la indemnización se aprecian los efectos del daño emergente y del lucro cesante.

Es importante destacar, que ambos contenidos de la reparación civil implican efectos complementarios y no alternativos ; sin embargo es de señalar que salvo el caso de daños contra la vida (homicidios) o contra la integridad física (mutilaciones, incapacidades permanentes) *la restitución* tiene una condición preminente frente a la indemnización.

En ese sentido, SOLER⁶⁸ destaca que la restitución es preferente a la indemnización y en consecuencia se substituye por indemnización de daños solamente cuando aquélla no es posible.

Retomando a PRADO SALDARRIAGA⁶⁹, éste considera que la indemnización económica asume, un rol subsidiario y de complemento frente a la restitución. Indica que su valoración sin embargo debe hacerse en atención a una evaluación ponderada de la naturaleza del daño y de los perjuicios que éste ha generado a la víctima, por lo que resulta importante tener presente lo dispuesto sobre el particular por el Código Civil en su art. 1985, el cual precisa los alcances de la indemnización.

⁶⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias Jurídicas del Delito*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p.170.

⁶⁸ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 531.

⁶⁹ PRADO SALDARRIAGA, Ob. Cit. p.285.

Una vez culminado el desarrollo del marco teórico correspondiente, procederemos a continuación al análisis y estudio de la aplicación de la Conciliación en el principio de oportunidad, lo cual nos permitirá determinar la problemática particular de esta última, como institución procesal penal y los resultados actuales de su interrelación con la institución conciliatoria en nuestro país.

Capítulo III LA CONCILIACIÓN Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1.1. CONCEPTOS GENERALES

Cuando nos referimos a éste principio, normado en nuestro ordenamiento procesal penal estamos aludiendo a una institución procesal que quiebra la inflexibilidad del clásico principio de obligatoriedad de la acción penal.

Al respecto y como bien lo señala Ore Guardia ⁷⁰, nuestro sistema penal tiene una base inquisitiva pues señala que tiene como regla casi absoluta que todo delito debe ser investigado y sancionado, en base al principio de legalidad, por el cual ante la noticia de la posible comisión de un hecho delictivo, existiría la obligación de perseguirlo y sancionarlo a través de las entidades competentes del Estado.

Dicha obligación funcional de perseguir y sancionar todos los delitos, tendría su

⁷⁰ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal, 2da. Edic. Editorial Alternativas, Lima, 1999, p.129.

sustento en la concepción de una justicia absoluta, a la que no puede escapar ningún delito.

Por ello se afirma que un nuevo modelo de justicia penal, la preocupación central no debe ser sólo la solución formal del caso, sino la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por el delito. En consecuencia el proceso penal no puede permanecer al margen ni de las exigencias propias del modelo de Estado en el que se desarrolla ni, por consiguiente, de las funciones que el derecho penal asuma en un concreto momento histórico y respecto a un ordenamiento jurídico determinado ⁷¹.

Incide el autor en el hecho que cualquier proceso penal moderno, si bien ha de continuar fiel a su función tradicional, sirviendo a la aplicación del " ius puniendi" estatal con todas las garantías procesales y respecto a los derechos fundamentales del imputado, propios de un Estado de Derecho, no puede renunciar a tutelar, en la medida en que sea posible, otros derechos o intereses dignos de protección que la propia Constitución reconoce, como son por ejemplo, el de la víctima del delito y el existente en la resocialización del imputado.

Infiere entonces que el principio de oportunidad reglado sirve al interés público existente en la resocialización del imputado y responde a las exigencias del moderno Estado de Derecho y a la función de prevención especial que la pena y el Derecho Penal asumen en él. En consecuencia, considera que la respuesta penal frente a la pequeña y grave criminalidad no puede ser la misma. Se precisa, en estos casos, de una respuesta jurídica adecuada, "justa y útil" incorporando la tendencia metodológica de separar la grande de la "pequeña o mediana" criminalidad.

Se coincide en éste punto con Oré Guardia ⁷², quien señala que en la actualidad nuestro país, e incluso países más avanzados, no han podido someter al sistema penal todos los delitos que se cometen en la sociedad, ya que el estado muchas veces carece de capacidad, de medios materiales y humanos para poder perseguir con todos los hechos delictivos. Señalando que por ésta carencia, se estima que aproximadamente el 75% de los delitos quedan fuera del sistema penal y pasan a formar parte de lo que la criminología denomina "cifra negra" de la delincuencia.

Refiere que la imposibilidad de procesar todos los delitos, sobre todo lo de mayor lesividad social, ha traído como consecuencia la necesidad de invocar y poner en práctica el principio de oportunidad, el cual opera como correctivo de las disfunciones generales por la irrestricta aplicación del principio de legalidad.

Concluye que por ese motivo el principio de oportunidad viene siendo incorporado en la mayoría de reformas contemporáneas de los ordenamientos procesales penales.

Menciona que la Recomendación N° R (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa aconsejó a sus estados miembros incorporar en sus legislaciones el principio de oportunidad de la acción penal. Considerando que en base a esa interpretación se han llevado a cabo las últimas reformas procesales penales, con la finalidad de abreviar y

⁷¹ GARCÍA DEL RÍO, Flavio. El Principio de Oportunidad. Ediciones Legales, Lima, 2000, p.2.

⁷² ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit. p. 130.

acelerar los trámites procesales en los delitos de "pequeña y mediana criminalidad".

1.1.1. Definiciones

Un primer análisis del principio de oportunidad nos permite constatar que se le ha venido definiendo como aquel que se contrapone excepcionalmente al principio de la legalidad penal corrigiendo su disfuncionalidad, no obstante tal como lo expone Baumann⁷³, ésta afirmación no es del todo cierta, pues si bien es cierto que se acostumbra resumir las excepciones al principio de legalidad recurriendo a la expresión genérica "principio de oportunidad" no se trata siempre de oportunidad sino de intereses y presupuestos jurídicos diferentes, como lo son los criterios de economía procesal, tramados jurídicos-materiales o categorías de política criminal.

Considera que ésta generalización parte del poco interés puesto por doctrinarios para definir los rasgos más saltantes del citado principio; refiere que incluso el mismo Roxin tan meticuloso en casi toda su obra, se limita a asumir que el principio de oportunidad es la contraposición teórica del principio de legalidad, 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 el delito.

De otro criterio son tratadistas como Maier que lo definen como la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la "notitia" de un hecho punible o, inclusive, de la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente⁷⁴.

A su vez, Gimeno Sendra entiende por principio de oportunidad la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado⁷⁵.

Bacigalupo señala que el principio de oportunidad no debe entenderse exclusivamente como una renuncia bajo ciertas condiciones a la acción penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo⁷⁶.

Un punto de vista similar tiene Creus, el cual lo considera como la posibilidad que el funcionario posee de discriminar si se encuentra o no ante un hecho que puede constituir delito, para promover la acción o abstenerse de hacerlo⁷⁷.

En el ámbito del derecho penal peruano podemos encontrar autores que definen el

⁷³ BAUMANN, Jürgen. Derecho Procesal Penal, Traducción del alemán por Conrado Finzi, Ediciones DE PALMA, Buenos Aires, 1986, p. 62.

⁷⁴ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal argentino, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, T - b, p. ss

⁷⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho procesal penal, Madrid, 1991, p. 34.

⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique. Discriminación y prevención, en : Poder Judicial, N° II, Madrid, 1987, p. 13.

principio de oportunidad desde un punto de vista positivo, poniendo énfasis en los aspectos normativos y procesales. Así tenemos que para Oré Guardia⁷⁸, éste principio es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, o en su caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por ley.

En estos casos, a pesar de haber un hecho delictuoso con autor determinado, el ejercicio de la acción penal se extingue por acto distinto de una sentencia, sustentado en los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello con el fin de solucionar en parte el grave problema de sobrecarga procesal y congestión penitenciaria.

Mientras que Sánchez Velarde lo define como la discrecionalidad concedida al Ministerio Público a fin de que éste decida sobre la persecución penal pública, especialmente en los casos de delitos leves y con tendencia a ampliarse a la mediana criminalidad⁷⁹.

Igualmente existen autores nacionales que inciden en la naturaleza excepcional del principio de oportunidad, entre ellos, Cubas Villanueva quien señala éste principio como una excepción al reino del principio de legalidad. Refiere que éste principio en ordenamientos como el nuestro está reglado, es decir, sólo se puede aplicar a algunos delitos, en función de que afecten levemente el interés social⁸⁰.

Finalmente, Catacora Gonzales dice que el principio de oportunidad es la antítesis del principio de legalidad u obligatoriedad. Agrega que sus propósitos son loables y podría convertirse en un gran instrumento para descargar a los fiscales y juzgados de trabajo inútil⁸¹.

Como hemos podido apreciar, si bien existen divergencias en la doctrina nacional y extranjera, sobre la naturaleza excepcional o no del principio de oportunidad, respecto del principio de legalidad, hay consenso en cuanto a la conveniencia de la facultad discrecional del Fiscal para ejercitar o no la acción penal en los supuestos que establezca la norma procesal penal, con la finalidad de aliviar al organismo jurisdiccional de una sobrecarga de delitos de escasa afectación social y sobretodo que permita solucionar a las mismas partes afectadas de manera pronta y efectiva su problema.

1.1.2. El Principio de Oportunidad en el ámbito internacional .

⁷⁷ CREUS, Carlos. Derecho procesal penal, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 36

⁷⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit. p. 133.

⁷⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo, en : VI Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos. Materiales de Lectura, Lima, CEAS, 1992.

⁸⁰ CUBAS VILLANUEVA, Victor. Ob. Cit. p. 138.

⁸¹ CATACORA GONZALES, Manuel G. Manual de Derecho procesal penal, Lima, Rodhaa, 1997.p.196.

A. En la Legislación Alemana.

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 ⁸²

Al comentar la Legislación alemana sobre el particular, García del Río ⁸³ 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:

1. Repare el daño causado.
2. Otorgue prestación de utilidad pública.
3. 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.

B. En el 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 Velarde ⁸⁴ , entre el 75% y el 90% de las causas penales en los EE.UU. terminan como consecuencia del uso de éste sistema ⁸⁵ .

⁸² ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit. p. 132.

⁸³ GARCIA DEL RIO. Ob. Cit. p. 97

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 Juez⁸⁶.

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.

⁸⁴ SANCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima, IDEMSA, 1994, p. 141 y ss.

⁸⁵ Cfr. 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.

⁸⁶ Cfr. 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.

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.

C. En la 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 otras facultades, como la de tener iniciativa en la simplificación del procedimiento mediante la adopción de criterios establecidos⁸⁷, conforme a lo señalado por la legislación italiana.

D. En la legislación argentina

En Argentina, la suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el Tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico penales posteriores.

Sin embargo, si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el Tribunal previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él. La aplicación de éste instituto depende, para el derecho procesal penal argentino, de tres requisitos.

⁸⁷ SANCHEZ VELARDE. Ob. cit. p. 96.

1. El consentimiento del otorgamiento del beneficio por parte del imputado.
 2. La reparación, en lo posible, del daño provocado a la víctima.
 3. La no comisión de un delito anterior
- MARINO, Esteban. Suspensión del procedimiento a prueba, en: El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico. Editores del Puerto, 1993, p.29.

En líneas generales se puede caracterizar la suspensión del procedimiento a prueba argentino como un beneficio con finalidad preventivo-especial. Igualmente, es un instrumento pensado sobre la base de fundamentos políticos criminales, orientado a combatir las consecuencias gravosas del propio sistema penal.

Podemos referirnos a que constituye una excepción al principio de legalidad de la acción penal, el cual determina que todos los delitos de acción pública deben ser perseguidos de igual manera y con la misma intensidad (Art. 71° CP).

En consecuencia puede afirmarse que se trata en verdad, de una derivación del principio de oportunidad que implica apartarse de la finalidad retributiva de la pena y dirigirse hacia fines utilitaristas de prevención general y especial.

E. En la Legislación colombiana.

Tal como lo indica Bernal Cuellar⁸⁸, citado por Sánchez Velarde, es importante resaltar que tal como quedó estructurado el Código Procesal Penal Colombiano el ejercicio de la acción penal obedece al principio de la legalidad y no al de oportunidad (debiendo entenderse que este último principio es aplicable en este sistema penal, pero como una excepción al principio de legalidad). La formulación de la acusación no depende de la discrecionalidad del funcionario o de la conveniencia o no de dicha acusación, sino, por el contrario, depende de la concurrencia de determinada prueba que permita fundamentar la resolución acusatoria.

Sin embargo, el Art. 6 de la Ley 81 de 1993 modificó el Art. 38 del C. De P.P. que regula, para los delitos que admiten desistimiento y para aquellos que permiten la preclusión de la investigación por indemnización integral de perjuicios, la figura jurídica de la conciliación en busca de un acercamiento entre el autor del hecho y los perjudicados, con el fin de que cuantifiquen el monto de los perjuicios, de ésta manera se reduce a un contenido estrictamente económico la lesión del objeto jurídico y se permite, como ya se dijo, el restablecimiento del derecho y la terminación del proceso para descongestionar los despachos judiciales (Art. 14° C. Del P.P.).

Se trata de la llamada de la disponibilidad de la acción penal mediante acuerdo de los sujetos que conforman la relación jurídico-procesal, autor del hecho y sujeto pasivo o perjudicado de la infracción.

En la mayoría de las legislaciones existe una zona que comprende múltiples comportamientos delictuales, con respecto a los cuales no obra la plena oficiosidad por parte del Estado en la investigación de los hechos, sino que incluye en los códigos la

⁸⁸ BERNAL CUELLAR. La Reforma del Proceso Penal en Colombia, Bogotá, Forum Pacis, 1994, p.30.

discrecionalidad del perjudicado para que una vez se restablezca el derecho, pueda dicha circunstancia constituir causa de extinción de la acción penal.

El Art. 38 del C. de P.P. colombiano permite la conciliación durante las siguientes etapas:

Indagación previa. En éste caso si prospera el acuerdo entre las partes, debe 1.
proferirse resolución inhibitoria.

Instrucción formal, osea a partir de la resolución de apertura de la investigación, en la 2.
cual debe ordenarse por parte del funcionario la realización de audiencia de
conciliación, la que se practicará dentro de los diez días siguientes contados a partir
de ésta providencia. En ésta etapa, si prospera la conciliación de inmediato debe
producirse la resolución de preclusión, y si el acuerdo se obtiene estando el proceso
en despacho para calificar el mérito del sumario, debe optarse por la preclusión como
forma especial de calificación.

En la etapa de juzgamiento, hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia 3.
definitiva, momento en el cual el reconocimiento del acuerdo se hará mediante auto
de cesación de procedimiento por tratarse de causal objetiva de extinción de la
acción penal.

Debe tenerse en cuenta que para efectos penales, el acto de conciliación en sí mismo no
hace tránsito de cosa juzgada .Es presupuesto indispensable la aceptación del
funcionario judicial, por cuanto éste debe realizar controles sustanciales.

Respecto de las consecuencias del acuerdo, en el sentido de establecer si es factible
precluir o cesar el procedimiento de manera integral o parcial, debe recordarse que la
conciliación tiene contenido estrictamente económico independientemente de la
existencia o no de responsabilidad penal del imputado o procesado.

1.1.3. Fundamentos

En lo que concierne a los fundamentos para la aplicación del principio de oportunidad,
existen criterios en la doctrina como el de Sánchez Velarde ⁸⁹ para quien éste
fundamento se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. En estos casos
considera que no existe un interés social de punición y que pueden ser resueltos por los
sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o dando por
concluido el ya iniciado.

Por su parte Gimeno Sendra ⁹⁰ establece que el fundamento se encuentra en la
escasa entidad del daño social producido o en la personalidad del inculpado que no
podría justificarse mediante criterios discriminatorios de índole económico, sociológico o
político, ya que los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica podrían
ser cuestionados.

⁸⁹ SANCHEZ VELARDE, Ob. Cit. p. 130.

⁹⁰ GIMENO SENDRA, Ob. Cit. p. 198.

En su opinión, éste principio también tiene un fundamento político; su innovación legislativa obedece a la necesidad no de lucha contra la delincuencia, sino de solucionar problemas de saturación de los procesos penales.

Para Oré Guardia ⁹¹ desde el punto de vista social el fundamento del principio de oportunidad radica en la escasa relevancia social del ilícito penal. En tal caso existe un interés colectivo en la persecución penal, de modo que el conflicto puede muy bien resolverse entre los sujetos de la relación procesal, sin que intervenga el órgano judicial.

Citando a Silvia Barona ⁹², considera que el principio de oportunidad contribuye a la consecución de la justicia material por encima de la formal, favoreciendo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, constituyéndose así, en un instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben ser perseguidos, y otros con un mínimo de interés social y en los que la pena carece de significación.

Coincide Oré con Gimeno Sendra en que desde el punto de vista político estriba en la necesidad de solucionar problemas de saturación, como la acumulación de procesos, retardo procesal, y deficiencias en cuanto a infraestructura e ineficacia administrativa. Reflexiona en que el fundamento político criminal de la oportunidad radica, por un lado, en la necesidad de evitar procedimientos que puedan aparecer como innecesarios y facilitar el uso de penas alternativas a la privación de la libertad, que pueden tener importantes efectos preventivos sin causar los estragos que sobre la libertad personal provoca aquella.

Sobre el particular debemos dejar claramente establecido que coincidimos con los criterios antes glosados, pero especialmente con aquellos que ven en el principio de oportunidad una alternativa a los problemas de saturación y acumulación de procesos; máxime si consideramos la realidad carcelaria en nuestro país, para lo cual nos remitimos a los cuadros estadísticos que forman parte del **ANEXO I** de la presente Tesis, en los cuales figuran datos recientes sobre la situación actual de los Establecimientos Penitenciarios de la Región Lima, proporcionados por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE).

En el **Cuadro Nº 1** correspondiente a febrero del 2002 podemos apreciar la población penal por situación jurídica y sexo, pertenecientes a la Dirección Regional Lima (la cual incluye 14 Centros Penitenciarios).

Puede apreciarse en él, que de un total de 13,259 internos, la mayor parte son procesados (9,847), es decir que aún no se ha determinado su inocencia o responsabilidad penal. Correspondiendo sólo a la tercera parte de internos, la condición de sentenciados (3,412).

En el **Cuadro Nº 2** correspondiente al mismo periodo, población penal por tipo de delitos, pertenecientes a la Dirección Regional Lima; puede apreciarse que prácticamente el 50% de los internos se encuentran en ésa situación por haber cometido delitos contra

⁹¹ ORÉ GUARDIA, Ob. Cit p. 134.

⁹² Cfr. BARONA VILAR, Silvia. La Conformidad en el Proceso Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994, p. 238.

el patrimonio (6,574), encontrándose en la condición de procesados las dos terceras partes (4,966).

Estos hechos tomados de la realidad cotidiana en nuestro país, nos hacen pensar en la apremiante necesidad de repotenciar el principio de oportunidad para que cumpla a cabalidad sus fines, complementado por otras necesarias medidas de tipo educativo, económico y político.

1.1.4. Objetivos

Como bien lo señala Peña González⁹³ cuya opinión compartimos, de manera genérica podemos afirmar que son tres los objetivos principales para la aplicación del Principio de Oportunidad:

a) Descriminalización

Respecto a hechos punibles, evitando la aplicación del poder sancionador de la norma penal, cuando otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.

b) Resarcimiento a la víctima

Como segundo objetivo del principio de oportunidad se señala el resarcimiento rápido y oportuno a la víctima por el daño ocasionado, de tal manera que no haya necesidad de esperar los más de uno o más años que dura un proceso, para que el afectado o víctima obtenga una reparación.

Esta rapidez y oportunidad en el resarcimiento a la víctima, tiene suma importancia, en cuanto va a permitir a ésta contar con los medios económicos para tratar de alguna manera sobrellevar o amenguar el dolor o perjuicio provocado, pues si éste resarcimiento no es oportuno no tendría mayor trascendencia.

c) Eficiencia del sistema penal.

Otro de los objetivos del principio de oportunidad sería la búsqueda de la eficiencia del sistema penal en aquellas situaciones en las que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal saturada de procesos, que no permiten el tratamiento preferencial de aquellos delitos considerados graves o de mayor lesividad social.

1.1.5. El Principio de Oportunidad en el Código Procesal Penal

Como se mencionó en su momento, el Código Procesal Penal de 1991 introdujo importantes innovaciones en el ámbito del Derecho Procesal penal, una de las cuales es precisamente el principio de oportunidad. Este cuerpo normativo establece en su Art. 2 que el Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de

⁹³ PEÑA GONZALES, Oscar. Ob. Cit. p. 194

ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el agente haya sido afectado directaMediante Ley N° 27072 del 23/03/99 se elimina el término "directa", dejando explícitamente establecido que el afectado puede ser tanto el autor como una persona vinculada a él. y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.

2. Cuando se trate de delitos que por su insignificancia o por su propia frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de la pena privativa de libertad o hubieran sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito o su contribución a la perpetración del mismo, sean mínimos, salve que se trate de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3), será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima en ese sentido ⁹⁴.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos antes mencionados.

A. Requisitos para su aplicación

De la norma citada podemos inferir los siguientes requisitos para su aplicación:

a) El consentimiento expreso del imputado

La abstención de la persecución penal no es una decisión que el Ministerio Público pueda adoptar de oficio. La ley exige el consentimiento expreso del imputado previo a la resolución del Fiscal. A diferencia del Supuesto establecido en el primer inciso de la ley, en los últimos dos el consentimiento va acompañado de la reparación del daño ocasionado o del compromiso en ese sentido ⁹⁵.

En éste punto considera Sánchez Velarde que la iniciativa en la aplicación de los criterios de oportunidad puede corresponder al imputado o al Ministerio Público.

En el primer caso será el imputado el que haga conocer al Fiscal su interés en evitar el inicio de la acción penal o que se prosiga el proceso penal ya iniciado, expresando su disposición a cumplir con la reparación del daño ocasionado al agraviado o perjudicado por el hecho punible.

En el segundo caso, dada las circunstancias de los hechos que se investigan y en atención a los supuestos previstos por ley, el Fiscal podrá hacer conocer al imputado la posibilidad de prescindir de la persecución penal si éste cumple con reparar el daño

⁹⁴ Modificado por la ley 27072 del 23/03/99 el cual señala "exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil "

⁹⁵ SANCHEZ VELARDE. Ob. Cit. p. 151.

ocasionado.

El consentimiento del imputado debe "constar por escrito", el pedido de éste podrá ser por escrito o verbal, pero su consentimiento debe plasmarse en un acta suscrita ante el Fiscal o en todo caso en su declaración; previa a la resolución que se dicte en éste sentido. Asimismo cualquier documento privado debe ser aceptado y ratificado ante el Fiscal; teniendo en cuenta igualmente que la intervención del defensor del imputado resulta de importancia, aunque puede prescindirse de él.

La intervención del agraviado u ofendido por el hecho punible resulta también importante, para evitar posibles cuestionamientos si el acuerdo se realiza sólo entre el Fiscal y el imputado, aunque tampoco es imprescindible su presencia.

b) La Reparación civil.

En opinión de Oré ⁹⁶, para los casos de mínima gravedad del delito o mínima culpabilidad del agente, inciso 2 y 3 del art. 2 del C.P.P., se requiere que el sujeto imputado efectúe la reparación civil, es decir la restitución del bien o el pago de su valor, y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados.

Indica que la Circular N° 006 - 95 MP - FN (aprobada el 15 de noviembre de 1995) establece que el Fiscal procurará que el denunciado o implicado, el tercero civil y el agraviado se pongan de acuerdo acerca del monto indemnizatorio y la forma de pago. De no producirse el acuerdo, el Fiscal fijará la indemnización y su forma de pago.

Es pertinente mencionar que si bien las normas vigentes no se pronuncian sobre los casos de incumplimiento de la promesa a reparar el daño al agraviado, de acuerdo al art. 2 del CPP de 1997, constituye un elemento condicionante por cuanto el Fiscal podrá prever la continuación del proceso penal en caso de incumplimiento del compromiso de pagar la reparación por parte del denunciado. En otras palabras, cuando exista compromiso de pago el archivamiento ordenado por el Fiscal tiene el carácter de provisional hasta que se cumpla con el compromiso acordado. Igualmente cuando el Juez Penal realice el sobreseimiento de una causa, esta decisión tendrá el carácter de provisional, quedando condicionada al pago efectivo de la reparación.

Sobre este punto, GALVEZ VILLEGAS ⁹⁷ estima que en determinados casos de falta de necesidad de pena y/o falta de merecimiento de pena, como los previstos en el art. 2 del Código Procesal Penal, el Fiscal, una vez recibido el atestado policial, recibida la denuncia de parte con todos los recaudos, de los cuales se advierten suficientes indicios de comisión de la comisión del delito denunciado y de la responsabilidad penal del agente inculcado, o de concluida la investigación preliminar llevada a cabo en su despacho, puede abstenerse del ejercicio de la acción penal en contra del denunciado – quién a la vez habrá admitido su responsabilidad penal en los hechos y estar de acuerdo con dicha abstención-.

Sin embargo, para que el Fiscal se abstenga del ejercicio de la acción penal en estos

⁹⁶ ORÉ GUARDIA. Ob. Cit. p. 138

⁹⁷ GALVEZ VILLEGAS, Ob. Cit. p. 209.

casos, es necesario que previa a la resolución de abstención, se haya reparado el daño ocasionado, o en todo caso que exista un acuerdo con el agraviado en ese sentido. En este último supuesto, quedará pendiente la resolución definitiva hasta que se cumpla con el acuerdo preparatorio.

Concluye el autor señalando que en aplicación del principio de oportunidad, también se puede lograr el resarcimiento del daño; y aún cuando en la práctica no se viene aplicando este principio como debería ser, esta institución procesal configura un mecanismo de solución de conflictos penal, alternativo al proceso penal; por lo que debe impulsarse su aplicación en la mayor parte de los casos.

c) Supuestos de aplicación

El previamente citado art. 2 del Código Procesal Penal establece tres supuestos para la aplicación del principio de oportunidad :

a. Agente afectado por el delito

Este supuesto normado en el inciso 1 del art. 2 se refiere al caso del denominado " infractor - víctima" o agente que es afectado por el delito que cometió. Este supuesto se ubica dentro de las causas relacionadas con el autor del hecho, en cuanto éste reúne la condición de autor y víctima del delito.

El delito puede ser doloso o culposo, no distinguiendo la norma a qué tipos de delitos se dirige éste supuesto; no obstante debe entenderse que comprende delitos de mediana y mínima lesividad social. Ello en atención a la esencia misma de la institución , pues el fundamento principal de la aplicación de estos criterios de oportunidad radica además de la escasa gravedad de la infracción, en la falta de interés público de punición.

Para Sánchez Velarde ⁹⁸ , la ley exige que el agente haya sido afectado directa y gravemente por el delito que él mismo produjo. La afectación puede sobrevenir por daño grave recaído en la persona del autor o en otras vinculadas a él , o que por determinadas circunstancias, el infractor se siente directa y gravemente afectado.

El fundamento de ésta disposición radicaría en que tales circunstancias crearían en el agente o responsable problemas de conciencia que la imposición de la pena sólo acrecentaría.

La valoración de las circunstancias del hecho punible y la afectación directa y grave que sufre el agente corresponde al Ministerio Público lo cual implica un análisis minucioso de los hechos por parte del Fiscal y el auxilio pericial respectivo, como factores imprescindibles en la decisión final.

Considera Oré ⁹⁹ , que en éste supuesto no se requiere la reparación del daño causado, dado que el delito ha ocasionado en ésta persona una afectación grave de sus propios bienes jurídicos o de su entorno familiar más íntimo.

⁹⁸ SANCHEZ VELARDE. Ob. Cit. p 154.

⁹⁹ ORÉ GUARDIA. Ob. Cit p. 140.

b. Mínima gravedad del delito.

Este supuesto contemplado en el inciso segundo del artículo 2, regula la posibilidad del archivamiento en los casos de delitos insignificantes, también llamados delitos de bagatela.

El concepto de delito de bagatela no está ni legal ni dogmáticamente establecido, pero se aplica con frecuencia a hechos delictuosos cuya reprochabilidad es escasa, y cuando el bien jurídico que se protege es de menor relevancia.

Al respecto, existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad.

El delito puede ser doloso o culposo, pero se requiere que la pena mínima no supere los dos años. Nos encontramos por ello ante una amplia gama de delitos debido a la tendencia humanitaria de nuestro Código Procesal Penal¹⁰⁰.

El fundamento principal radica, como se pueden observar, en evitar que se ponga en marcha todo el aparato judicial para procesar penalmente hechos delictuosos que no tienen mayor trascendencia social. De ésta manera, se reduce la carga procesal, eliminando las causas más numerosas que congestionan los juzgados y tribunales penales, destinando el mayor esfuerzo de los operadores jurídicos al jurídicos a la investigación y juzgamiento de las infracciones consideradas de gravedad.

En consecuencia el Ministerio Público podrá abstenerse de la persecución penal en atención al carácter mínimo de la infracción o cuando ésta sea de poca frecuencia, y atendiendo a que, en ambos casos, no se afecte gravemente el interés público.

La "nimiedad" de la infracción o la "escasa importancia" de la persecución penal, desde el punto de vista objetivo, está delimitada por el quantum de la pena prevista para el delito en su extremo mínimo. Esta no debe ser mayor a dos años de pena privativa de libertad, contrario sensu, el Ministerio Público, obligatoriamente dará inicio a la acción penal o continuará la ya iniciada¹⁰¹.

c. Mínima culpabilidad del agente.

Este supuesto se encuentra normado en el inciso 3 del artículo 2 y está referido a la autoría o participación mínima del agente en la comisión del ilícito penal. Para determinar este supuesto se sugieren algunos criterios para poder valorar la escasa o mínima culpabilidad.

Se tomará en cuenta entre otros criterios, el móvil del autor, su carácter o personalidad criminal, sus relaciones personales y sociales, su comportamiento posterior al hecho (si ha reparado el daño, si está arrepentido, etc.) así como la forma de ejecución del hecho ilícito y sus consecuencias.

¹⁰⁰ SANCHEZ. Ob. Cit. p. 158.

¹⁰¹ ORÉ. Ob. Cit. p. 141.

Todo ello servirá para determinar el grado de culpabilidad del agente en la comisión del ilícito penal¹⁰².

La mínima culpabilidad del autor debe entenderse en relación a los casos en que la ley faculta la disminución de la pena por consideraciones personales del autor o el hecho que se investiga. Pudiendo citarse el ejemplo de los casos de responsabilidad disminuida del autor de entre 18 y 21 años de edad o las limitaciones de comprensión del delito en que se incurre, los casos que justifican relativamente el accionar delictivo, los casos de arrepentimiento activo o de tratativa punible.

La difícil determinación de éste supuesto de mínima culpabilidad se puede suplir mediante la conjunción del mismo con el supuesto de la escasa gravedad o falta de interés público de punición.

Es oportuno señalar que la aplicación del principio de oportunidad no será posible cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad y cuando el agente es funcionario público en ejercicio de su cargo.

1.2. MARCO LEGAL PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Además de las normas contenidas en el Código Procesal Penal ya mencionadas, el Ministerio Público ha implementado la aplicación del principio de oportunidad a través de diversas disposiciones, entre ellas podemos mencionar a las siguientes:

- Circular N° 006 - 95 - MP - FN, Instrucciones para aplicar el principio de oportunidad, aprobada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1072-95-MP-FN de fecha 15 de noviembre de 1995.
- Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 200-2001-CT-MP que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad de fecha 20 de abril de 2001 y su modificatoria, Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 266-2001-CT-MP de fecha 27 de abril del 2001.
- Ley N° 27664, Ley que agiliza el procedimiento de abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, publicado con fecha 8 de febrero de 2002.

Con respecto a las Instrucciones para aplicar el principio de oportunidad contenidas en la Circular N° 006-95-MP-FN podemos resumir sus principales directivas en los siguientes puntos:

La resolución fiscal debe estar debidamente motivada y teniendo a la vista la denuncia de parte, los recaudos que se acompañan, el atestado policial y los actuados de la investigación preliminar desarrollada. 1.

¹⁰² SANCHEZ. Ob. Cit. p. 159.

-
2. Se sustentará en razones de oportunidad siempre que se acredite la realidad del delito y la vinculación del denunciado, así como los supuestos del art. 2, de lo contrario la razón de archivo corresponderá a lo establecido en el art. 94 inc. 2 de la L.O.M.P. esto es, corresponderá el archivo definitivo o personal.
 3. Es inaplicable el criterio de oportunidad para el caso de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.
 4. De considerar aplicable el principio de oportunidad se citará al denunciado para recabar su aceptación. El plazo para dictar la resolución fijando fecha para esta diligencia es de 20 días desde que se recibe los actuados o se concluya la investigación preliminar. La diligencia se realizará dentro de los 15 días siguientes.
 5. De aceptar el denunciado se citará al agraviado en los casos de los inc. 2 y 3 del art. 2 del C.P.P. dentro de los diez días de la aceptación, de ser el caso se citará al tercero civil responsable. El Fiscal testará que el agraviado, el denunciado y el tercero civil, se pongan de acuerdo sobre el monto de la reparación civil, de existir controversia, ésta será fijada por el Fiscal Provincial.
 6. De no asistir el denunciado a la citación para recabar su aceptación, estando debidamente notificado, se procederá a formalizar la denuncia penal.
 7. De no asistir el agraviado y el tercero civil en la segunda diligencia, el Fiscal procederá a fijar el monto indemnizatorio de modo prudencial, pudiendo fijar un plazo para el pago, el cual no excederá de 9 meses. El archivo estará condicionado al pago, de no cumplir el denunciado bajo requerimiento, se revocará el auto de abstención de acción penal y se formalizará la denuncia. Sobre el particular, es preciso señalar que para resolver por la abstención de la acción penal deberá resultar indispensable que previamente las partes cumplan con los acuerdos asumidos, luego de lo cual recién podrá operar dicha resolución, a efecto de evitar revocaciones innecesarias, manteniéndose firme el apercibimiento de ejercer la acción penal a que se contrae el principio de legalidad, es decir la persecución del delito.
 8. Las diligencias constarán en actas.
 9. El Fiscal dictará resolución en el acto o dentro de los tres días de la última diligencia, la cual será notificada. Las resoluciones fiscales de abstención de acción penal y de revocación del acto de abstención pueden ser recurridas en queja ante el Superior.
 10. De haberse ejercido la acción penal, el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa en cualquier estado al darse los presupuestos de aplicación del principio de oportunidad. El propio imputado también podrá solicitarlo, en éste caso el Fiscal dictaminará o previamente requerirá la actuación de diligencias en orden a la posición de la víctima, en la medida que no se haya formulado acusación. Este último aspecto referido a que no se haya formulado acusación, para que las partes soliciten la aplicación del principio de oportunidad constituye una barrera para una aplicación más amplia de este principio procesal, pues la aplicación del mismo podría darse hasta antes de la expedición de la sentencia; siempre que se cumplan con los requisitos de ley, no siendo indispensable que el Fiscal necesariamente tenga que apelar frente a una situación dada, como por ejemplo cuando se produce un acuerdo

entre las partes que ya resolvieron su conflicto ante un notario, ya que no desean continuar con el proceso, por lo que debe tenerse en cuenta este punto, a efectos de no constituir una obstáculo innecesario.

Sin embargo, la circular dispone que el archivo de los actuados se emitirá cuando el Fiscal ha dictaminado en forma favorable, de lo contrario, se interpondrá recurso de apelación.

La circular en mención establece también instrucciones particulares para los supuestos de los incisos 1 y 2 del art. 2 del C.P.P., estas son:

En el caso de falta de necesidad de aplicación de la pena (inc. 2): 1.

- El delito puede ser doloso o culposo, se aplicará el principio de oportunidad preferentemente en el caso de delitos de escasa o relativa gravedad.
- Las consecuencias del delito están referidas a las producidas por el propio accionar del agente.
- Las consecuencias pueden ser físicas o corporales, morales y económicas que afecten directamente al imputado. El que se produzcan al mismo tiempo perjuicios a terceros no impide la renuncia del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público.

En el caso de delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de la pena). 1.

- Se aplican a delitos que se encuentran sancionados como mínimo con dos años de pena privativa de libertad.
- El interés público existe cuando el delito perjudica la paz social al sobrepasar el círculo del agraviado y su entorno. Será valorado según las circunstancias que determina la finalidad de la pena (Art. 46 del C.P.) así como las causas justificativas incompletas del Art. 2 del C.P.

La abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad (Falta de merecimiento de la pena) : 1.

- La culpabilidad es mínima cuando se presentan circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena: Móviles y finalidad del autor, características personales, comportamiento posterior al delito (Se excluye la confesión), los supuestos de causa de inculpabilidad incompleta, error y arrepentimiento activo sin éxito (Art. 18 del C.P.).
- La contribución a la perpetración del delito sería mínima en los casos de complicidad secundaria (Art. 25 del C.P.)¹⁰³.

De igual forma, podemos sintetizar los alcances de la Circular N° 006-95-MP-FN sobre aplicación del principio de oportunidad, recurriendo al análisis efectuado por Flavio García

¹⁰³ CUBAS VILLANUEVA. Ob. Cit. p.141 y ss.

¹⁰⁴ sobre éste punto.

Para ello esquematizaremos la citada Circular de la siguiente manera:

1º Motivación de la resolución de no formalizar denuncia penal (Art. 2º Circular N° 1.006).

- El Fiscal Provincial emitirá resolución debidamente motivada disponiendo la abstención del ejercicio de la acción penal (No formalización de denuncia penal, Art. 2 del C.P.P.). Al expedir ésta decisión el Fiscal Provincial debe tener a la vista:
- La denuncia de parte acompañada de los recaudos probatorios que la sustenten.
- El atestado policial correspondiente.
- Los actuados formados con motivo de la investigación preliminar realizado por el Fiscal Provincial.

2º Archívamiento por razones de oportunidad (Art. 3º Circular N° 006).

- Se archivará lo actuado por razones de oportunidad cuando concurran los siguientes requisitos:
- Cuando existen suficientes elementos probatorios de la realidad del delito.
- Cuando existen suficientes elementos probatorios de la vinculación del implicado o denunciado en la comisión del delito.
- Cuando se presenten los supuestos de falta de merecimiento o falta necesidad de pena previstos en los incisos 1 a 3 del Art. 2º del C.P.P.

3º Diligencia de aceptación del denunciado (Art. 4º Circular N° 006)

- El Fiscal, una vez recibidos los actuados policiales o la denuncia de parte con las constancias probatorias pertinentes o culminada la investigación preliminar realizada por su despacho; si considera posible la cesión del trámite al amparo del Art. 2º del C.P.P. citará al denunciado o implicado para recabar su aceptación.
- La resolución que señala fecha para la diligencia de aceptación del denunciado o implicado se expedirá dentro de los veinte días de recibidos los actuados o culminada la investigación preliminar. La diligencia se convocará dentro de los quince días siguientes.
- Si el denunciado o implicado acepta la aplicación de los criterios de oportunidad (Art. 2º incs. 2 y 3 del C.P.P.), dentro de los diez días siguientes de la aceptación, se citará al agraviado en tanto se encuentra identificado y se trate de delitos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales de ser el caso también se citará al tercero civil.
- La oposición de la víctima al aplicación del artículo 2º del C.P.P. no impide que se dicte la resolución de la abstención del ejercicio de la acción penal.

¹⁰⁴ GARCIA DEL RIO. Ob. Cit. p. 124 y ss.

- El Fiscal expedirá la resolución que corresponda en el mismo acto o dentro de tres días de realizada la última diligencia (Art. 7° Circular N° 006).

4° Inasistencia del denunciado y/o agraviado a la citación formulada por el Fiscal para la aplicación del principio de oportunidad (Art. 2° C.P.P.).

- Si el denunciado o implicado no asiste a la primera diligencia, luego de constatarse que fue notificado, se procede a formular denuncia penal en su contra (Art. 6 Circular N° 006).
- Si el agraviado y en su caso el tercero civil, no asiste a la segunda diligencia, el Fiscal - de aceptar el denunciado o implicado la abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad - determinará prudencialmente el monto indemnizatorio que corresponda.
- Para éste efecto, el Fiscal tendrá en consideración lo dispuesto en los arts. 93 al 95 del código Penal. El art. 93° del C.P. establece que la reparación comprende :

- | | |
|---|----|
| La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y | 1. |
| La indemnización de los daños y perjuicios, Art. 94° C.P. | 2. |

- La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda; Art. 95° C.P.

La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.

5° Abstención del ejercicio de la acción penal en razón de falta de necesidad de pena Inc. 1 del Art. 2° del C.P.P.

- Para la abstención del ejercicio de la acción penal en razón de falta de necesidad de pena, deben reunirse los siguientes requisitos:
- El Fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Preferentemente, la abstención estará limitada a los delitos de escasa o relativa gravedad.
- Las consecuencias del delito particularmente relevantes, son aquellas producidas por el propio imputado como consecuencia directa de su conducta.
- Las consecuencias pueden ser de índole corporal (grave afectación de salud), económico (importantes perjuicios patrimoniales) o moral (sufrimiento y angustia especialmente relevante). Deben afectar directamente al imputado, es decir a sus propios bienes jurídicos o al de su entorno familiar más íntimo. No impide la renuncia del ejercicio de la acción, el que, simultáneamente se produzcan perjuicios a terceros.
- Para la aplicación de éste criterio de oportunidad se descarta las consecuencias que el implicado o denunciado quiso causarse a sí mismo o al menos previó como

posibles.

6º Abstención del ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de pena), Inc. 2º del Art. 2 del C.P.P.

- Para la abstención del ejercicio de la acción penal en razón de falta de merecimiento de pena, deben reunirse los siguientes requisitos:
- Que los delitos considerados en éste supuesto, son aquellos que tienen conminado, en su extremo mínimo, dos o menos años de privación de libertad. También están comprendidas otras penas tales como multa, restrictivas de derechos y restrictivas de libertad aún cuando se apliquen conjunta o accesoriamente con la pena privativa de libertad.
- Que la comisión del delito perjudique la paz jurídica por encima del círculo vital del agraviado y su entorno inmediato y por tanto, ocasione fundada alarma social.
- Para valorar el interés público en la persecución, el Fiscal considerará los elementos ponderativos fijados en el Art. 46 del Código Penal (modo de comisión del delito, habitualidad del mismo o razones similares, grado de los deberes infringidos, el móvil del delito y los antecedentes o habitualidad del agente). También deberá valorar las causas justificativas incompletas previstas en el Art. 20 y concordantes con el art. 21 del Código Penal.
- Los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, cualquiera fuera la penalidad conminada, están excluidos de la abstención del ejercicio de la acción penal por escasa lesividad social.

7º Abstención del ejercicio de la acción penal por razón de mínima culpabilidad (Inc. 3 del Art. 2 del C.P.P.)

- La abstención del ejercicio de la acción penal por razón de mínima culpabilidad (Falta de merecimiento de la pena) procederá en los siguientes casos, a criterio del Fiscal:
- Cuando la culpabilidad es mínima o escasa y puede situarse debajo de la línea intermedia común, es decir, cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas, entre otros factores; a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión.
- Se tendrá en consideración además, aquellos supuestos vinculados a las causas de inculpabilidad incompletas, al error y al arrepentimiento activo sin éxito. Art.18 del Código Penal: " Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos". La contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria (Art. 25º in fine C.P.).

Asimismo, otra norma de singular importancia es la Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 200 - 2001 - CT - MP que crea las Fiscalías especializadas en la

aplicación del Principio de Oportunidad en el Distrito Judicial de Lima, en calidad de proyecto piloto, sin perjuicio que posteriormente pueda acordarse la creación de otras de igual clase en otros Distritos Judiciales.

Dicha resolución contiene entre sus principales disposiciones las siguientes:

Remisión de denuncias a Fiscalías Especializadas en Aplicación del Principio de Oportunidad

- Cuando una Fiscalía Provincial Penal, con ocasión de conocer de una denuncia de parte o documento policial relacionado con posible comisión delictiva, o durante las investigaciones preliminares llevados a cabo, considere aplicable el criterio de oportunidad, procederá de inmediato a remitir dichos actuados a la Fiscalía Provincial Especializada en la aplicación de Principio de Oportunidad, mediante resolución motivada, debiendo previamente constatar que se reúnan las condiciones establecidas en el Artículo 2 del Código Procesal Penal y el presente reglamento, como también que exista.

Agraviado en desacuerdo con aplicación del Principio de Oportunidad

- Si ambas partes concurren pero el agraviado no estuviera de acuerdo con la aplicación del Principio de Oportunidad, el Fiscal Provincial, luego de evaluar en dicha Audiencia Unica los motivos que se le exponen como sustento al desacuerdo, emitirá resolución ordenando seguir adelante el trámite o caso contrario darlo por concluido. En caso disponer seguir adelante el trámite, completará su resolución fijando el monto de la reparación, su forma y oportunidad de pago y el obligado u obligados, y elevará inmediatamente los actuados en consulta al Fiscal Superior de Turno.

Desacuerdo de las partes en el monto de la Reparación

- Si ambas partes concurren y el agraviado estuviere de acuerdo con la aplicación del Principio de Oportunidad, pero no llegaran a concordar en cuanto al monto de la reparación u otros extremos, el Fiscal procederá a fijar dicho monto y/o demás extremos pertinentes, cabiendo en tal caso la apelación inmediata en el acto mismo de la audiencia, por parte del agraviado, en cuanto a tales extremos, debiendo elevarse los actuados al Fiscal Superior de Turno.

Plazo para el pago del acuerdo asumido

- Siempre que se fije el pago de una reparación, el Fiscal deberá fijar el plazo para su cancelación, cuidando que de preferencia ésta sea pagada al contado en una sola armada y a más tardar dentro de los quince días calendarios siguientes al Acuerdo. Sólo en caso en que la reparación acordada exceda a tres unidades impositivas tributarias, el Fiscal podrá autorizar que sea pagada fraccionadamente, cuidándose que quede totalmente cancelada en un plazo no mayor a 6 meses. El obligado quedará automáticamente notificado en el acto mismo de la Audiencia Unica de Conciliación, si hubiera asistido.

Pago de la reparación en cuenta bancaria del Ministerio Público

- El pago de la reparación deberá efectuarse consignando la(s) suma(s) pertinente(s) a la disposición de la Fiscalía Especializada en Principio de Oportunidad, en una cuenta que el Ministerio Público habilitará a tal efecto, debiendo la persona obligada acreditar oportunamente su cumplimiento.

Apercibimiento parcial, no pago en el plazo pactado

- Si el obligado dejase pasar más de quince días sin hacer efectiva la reparación mandada pagar en una sola armada, o si se retrasase más de tres días en el abono de alguna de las cuotas fraccionadas, el Fiscal Provincial procederá a notificarlo conminándolo por única vez a cumplir su obligación en los siguientes tres días; bajo apercibimiento de revocar el auto de abstención en el ejercicio de la acción penal y devolver los actuados al fiscal Provincial de origen.

De otro lado, debemos señalar que constituye un aporte significativo para una mejor implementación del principio de oportunidad, lo dispuesto por la **Ley N° 27664, Ley que Agiliza el Procedimiento de Abstinencia del Ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público**, la cual modifica el artículo 2 del Código Procesal Penal, añadiendo lo siguiente:

" Si el acuerdo con la última víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad "

Esta modificatoria resulta óptima, porque con la existencia de entidades que otorguen seguridad jurídica a los acuerdos expresados por las partes, dentro del marco legal aplicable, se evita la congestión de diligencias a realizar por parte de los operadores directos a cargo de la administración de justicia.

2. NIVEL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR PARTE DE LOS OPERADORES FISCALES Y JURISDICCIONALES

2.1. Resultados de la aplicación del principio de oportunidad en el Distrito Judicial de Lima

2.1.1. EN LA INSTANCIA PRELIMINAR

Como podremos apreciar en los cuadros estadísticos elaborados con información proveniente del Ministerio Público y asimismo producto de las encuestas realizadas, se

evidencia claramente en los últimos seis años aproximadamente, un incremento casi sostenido del número de denuncias resueltas aplicando el principio de oportunidad en el Distrito Judicial de Lima.

RESULTADOS DE LA ENCUESTA A FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE LIMA

En la etapa preliminar, en lo que respecta al Principio de Oportunidad, su Despacho 1.

Como se puede colegir de los datos proporcionados en el cuadro superior, los Fiscales Especializados en lo Penal encuestados remiten a las Fiscalías Especializadas en Principio de Oportunidad, el 100% de denuncias en las que sean susceptibles de aplicación de este principio procesal, es decir que solo conocen en etapa preliminar el principio antes aludido la Fiscalía Especializada de Principio de Oportunidad

De las denuncias que ingresan a su Fiscalía en qué porcentaje aproximadamente le 1. otorga el trámite para la aplicación del Principio de Oportunidad

Podemos apreciar de los datos proporcionados por los encuestados, que del 90% de las denuncias que ingresan a una fiscalía, sólo entre el 1 y el 5% de las mismas son derivadas para la aplicación del principio de oportunidad. Correspondiendo el restante 10% a porcentajes mayores que el señalado anteriormente, pero que a su vez no superan el 25% del total de denuncias ingresadas.

¿En qué tipo de Delitos considera que debe aplicarse el Principio de Oportunidad? 1.

Como vemos, existe una tendencia mayoritaria entre los encuestados del 90% que considera que debe aplicarse el principio de oportunidad sólo a los delitos cuya pena no supere los dos años de Pena Privativa de Libertad. Sin embargo, un 10% de los encuestados consideró que debe aplicarse el principio de oportunidad además en aquellos delitos que superen los dos años de Pena Privativa de Libertad, que por las características del tipo penal puede aplicarse.

¿Qué criterios le permiten establecer la aplicación del Principio de Oportunidad en la 1. etapa preliminar?

De los resultados obtenidos puede determinarse que en un 70% los fiscales encuestados señalaron que el principal criterio utilizado para establecer la aplicación de este principio, responde a la manifiesta voluntad de las partes por acogerse a este beneficio procesal penal, frente a los demás criterios que en conjunto se aproximan al 30% y que están relacionados justamente con la iniciativa del fiscal al respecto; cuando se trate de denuncias en las que pueda ser factible una conciliación (20%) o cuando se trate de delitos de escasa relevancia social (10%).

En instancia jurisdiccional, su Despacho ¿solicita la aplicación del Principio de Oportunidad? 1.

Como se evidencia de los datos presentados, el 100% de los fiscales encuestados, afirman que solicitan la aplicación del principio de oportunidad en la instancia jurisdiccional.

De ser afirmativa su respuesta anterior, en qué casos lo efectiviza: 1.

De estas cifras, puede establecerse que en la etapa jurisdiccional el 90% de los casos de aplicación del principio de oportunidad, se debe a la iniciativa de las partes, correspondiendo a la iniciativa de oficio por parte del fiscal, sólo el 10% del total de entrevistados.

Hasta qué etapa procesal, el Ministerio Público puede aplicar el Principio de Oportunidad 1.

Los fiscales entrevistados coincidieron en un 80% en señalar que a su criterio, se encuentran facultados a aplicar el principio de oportunidad hasta antes de la acusación fiscal escrita. Mientras que otro 15% consideró que puede aplicarse hasta antes de la lectura de sentencia. Asimismo, sólo un 5% estimó que puede aplicarse hasta antes de la formalización de la denuncia penal.

¿Considera que el ordenamiento procesal es claro para la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa judicial? 1.

De lo que podemos apreciar en esta muestra, un 90% de los fiscales encuestados estiman que las normas procesales respecto a la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa judicial no son precisas, dejando entrever que existen vacíos o disposiciones poco claras al respecto. Mientras que un 10% de los encuestados sí considera que estas normas son claras y suficientes al respecto.

Si su respuesta anterior es negativa se debe a que: 1.

Los resultados de esta pregunta indican que el 85% de los encuestados estima que las normas sobre el principio de oportunidad son genéricas y que requieren ser complementadas por normas más específicas. Por su parte, un 10% consideró que el ordenamiento legal sobre el particular debe ser objeto de una revisión y cambio total; a su vez un 5% estimó que esta institución procesal penal debe ser suprimida.

¿Qué porcentaje aproximado, ocupa en su carga procesal de despacho, las denuncias sobre delitos menores 1.

De la información recogida, el 70 % de los fiscales encuestados indican que su carga procesal por los delitos menores, es menor al 25 %; y el 30 % menciona que su carga esta entre 25% al 50%, y ninguno refirió que en su carga procesal el porcentaje de estos delitos sea mayor al 50%.

¿Cuántas denuncias descarga su despacho mensualmente, en mérito de haber 1.

aplicado el Principio de oportunidad?

En este cuadro observamos que el 80 % de los Fiscales mencionaron que no descargan ninguna denuncia al mes por haber aplicado el principio de oportunidad y sólo el 20% aplican el principio de oportunidad entre una y dos veces al mes, no excediendo de ésta cantidad en ningún caso.

En su opinión, ¿la carga procesal influye sobre la buena aplicación del principio de oportunidad? 1.

De la información obtenida en base a las encuestas realizadas a los fiscales, podemos percibir que el 90 % de ellos consideran que la excesiva carga procesal influye de manera negativa en una correcta aplicación del principio de oportunidad; y sólo el 10% estima la carga procesal no influye en la buena aplicación de ese principio,

De los casos donde Ud. aplicó el principio de oportunidad, ¿en cuántos hubo composición entre las partes? 1.

De la información obtenida, cogimos que el 85% de los casos en que se aplicó el principio de oportunidad, hubo un acuerdo entre las partes involucradas y sólo en 3 casos, es decir el 15% no se llegó a conciliar.

Conoce el marco jurídico en el que se encuentra regulado el Principio de Oportunidad? 1.

Con esta pregunta hemos querido indagar sobre el conocimiento de los señores fiscales sobre esta institución jurídica, de donde se determina que el 90 % de los entrevistados refieren conocer el principio de oportunidad, mientras el 10% no conocen este principio.

Considerando la duración de la pena mínima de cada delito ¿En qué delitos procede la abstención de la acción penal? 1.

Para complementar la finalidad de la pregunta anterior, se estableció esta pregunta, donde se observa que el 75% de los encuestados determinan que la aplicación de este principio procede en los delitos donde la pena mínima sea menor de dos años, el 25% establece que procede en delitos cuyas penas están en el rango de dos a cuatro años y ninguno contesto que procede en delitos donde la pena sea mayor a cuatro años.

De los delitos donde debió aplicarse el principio de oportunidad, ¿cuántos casos se tuvieron que formalizar por no ponerse de acuerdo las partes? 1.

De la información recogida, el 10% indica que a pesar de haberse podido aplicar el principio de oportunidad, se tuvo que formalizar la denuncia penal; en igual porcentaje (10%) los encuestados también determinan, que en casi todos los casos donde se pudo abstenerse de ejercitar la acción penal, no llegó a buen término los acuerdos entre las partes, teniéndose que formalizar la denuncia respectiva.

El 35% de los encuestados establecen que en algunos casos se ha tenido que formalizar la denuncia, mientras que el 35% mencionan que no han tenido la necesidad de formalizar la denuncia porque fue oportuno el ejercicio de la abstención de la acción pena..

De los abogados defensores de la parte AGRAVIADA, ¿qué porcentaje le solicitan a 1. Ud. la Aplicación de oportunidad?

Del 15% de los abogados defensores de la parte agraviada ninguno solicita la aplicación del principio de oportunidad en favor de sus patrocinados, mientras que el 65% de los fiscales entrevistados indican que son pocos los abogados que solicitan la aplicación del principio de oportunidad. Asimismo el 20% de los casos indican que algunos abogados defensores de la víctima le solicitan al fiscal la aplicación de este principio y ninguno de los encuestados informa que en la totalidad de los casos que ha patrocinado, el abogado le solicita este beneficio.

Se puede apreciar que en todo el año 1998 se aplicó el Principio de Oportunidad sólo en 57 casos, de las 34,643 denuncias ingresadas en ese año, lo que representa un porcentaje ínfimo de 0.165%.

En el **Distrito Judicial de Lima** según se puede apreciar en el presente cuadro, del número total de denuncias ingresadas a nivel nacional, ascendentes a 182,316, corresponden a esta jurisdicción 36,450 denuncias, independientemente de las que se mantienen en el giro de años anteriores.

Los **Cuadro 3 y 4** nos permite señalar que en cuanto a las Fiscalías Especializadas en Aplicación del Principio de Oportunidad del Distrito Judicial de Lima, revela que el número de causas penales que conocen las Fiscalías Especializadas en Principio de Oportunidad se viene incrementando significativamente, no obstante que las cifras actuales representan una cantidad mínima del número total de denuncias y procesos penales en trámite –según es de apreciar Cuadro N°2-, por que resulta urgente tomar medidas en este sentido.

Nota: No incluye a las Fiscalías Especializadas.

105

En el presente cuadro, podemos visualizar muy objetivamente que la aplicación de la conciliación en mérito al principio de oportunidad, se puede dar con eficacia en los injustos penales de lesiones, cuando se trata en delitos contra la vida el cuerpo y la salud, Omisión de la asistencia familiar en los casos de delitos contra la familia, en la violación sexual y violación de la libertad personal, en los casos de estafa, libramientos indebidos, en los delitos contra el patrimonio cultural, en los delitos monetarios, en el delito de contrabando, contra la salud pública, contra la ecología, contra la tranquilidad pública, contra la administración de justicia y contra la fe pública, es decir, se puede aplicar el los delitos que tienen mayor frecuencia y que motivan a que nuestros centros penitenciarios

¹⁰⁵ FUENTE: sistema de información de apoyo al trabajo fiscal –siat-gerencia de planificación, racionalización y estadística

se encuentren sobrepoblados, permitiendo que esta institución procesal sea un mecanismo eficaz de solución pronta de conflictos y por ende la disminución de sobrecarga innecesaria para las diferentes instancias que compete a la administración de justicia.

RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS A LOS FISCALES DE LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN APLICACIÓN DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

¿En qué etapa procesal tiene competencia la Fiscalía a su cargo? 1.

De los dos fiscales encuestados, podemos apreciar que ambos manifestaron que son competentes para conocer las denuncias susceptibles de aplicación del principio de oportunidad sólo en la etapa preliminar.

¿Cómo llegan las causas a conocimiento de su Despacho? 1.

Aquí, igualmente los dos fiscales encuestados coincidieron en un 100% en señalar que sólo reciben su carga procesal exclusivamente de las fiscalías penales, las cuales remiten estas denuncias en cumplimiento de las directivas internas del Ministerio Público.

Cuándo notifica a las partes para la diligencia de Conciliación ¿En qué porcentaje las partes concilian? 1.

De las respuestas podemos apreciar que las partes concilian en un 60 a 85% de los casos que han sido notificados para la diligencia de conciliación.

¿En qué medida las partes llegan a conciliar ante su despacho? 1.

Complementando lo anterior, estas respuestas confirman que más del 50 % de las ocasiones, las partes logran llegar a un acuerdo conciliatorio, no registrándose porcentajes inferiores a estos datos.

¿En qué estado resuelve por la abstención de la acción penal? 1.

Estos datos estadísticos indican que un 50% de las causas en las cuales el fiscal opta por la abstención de la acción penal, corresponden al momento en que las partes arriban a un acuerdo. Mientras que el otro 50% lo efectúa una vez cumplido el acuerdo conciliatorio.

Las partes cumplen con los acuerdos asumidos en la conciliación 1.

Ante esta pregunta, los dos fiscales encuestados mencionaron que el cumplimiento por las partes de los acuerdos asumidos supera el 50 % del total.

De no existir conciliación entre las partes se debe a: 1.

Estas respuestas nos permiten apreciar que según el criterio de los fiscales

encuestados, cuando no existe conciliación entre las partes se debe en un 50% a la no aceptación de las partes y en otro 50% a la falta de colaboración de los abogados; no existiendo otras razones determinadas por los encuestados.

¿El Fiscal tiene la facultad de proponer alguna fórmula de conciliación? 1.

Los entrevistados consideraron en un 100% de los casos, que en su condición de fiscales sí se encuentran facultados para proponer fórmulas conciliatorias en las denuncias que conocen y que son susceptibles de aplicación del principio de oportunidad.

¿Cuenta con estudios de Conciliación? 1.

Ante esta pregunta, los dos fiscales respondieron que no cuentan con estudios de conciliación, lo cual representa el 100% de la muestra en estudio.

2.1.2. EN LA INSTANCIA JUDICIAL

RESULTADOS DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE LIMA

1. ¿Aplica el principio de oportunidad en su despacho?

Como puede apreciarse, un 100 % de los jueces penales encuestados afirmó que aplica el principio de oportunidad en los expedientes que se tramitan en sus despachos, no existiendo ninguno que afirme lo contrario.

2. De ser afirmativa su respuesta anterior, ¿a solicitud de quién lo hace?

Los jueces entrevistados señalaron en un 50 % que aplicaron el principio de oportunidad en sus despachos por iniciativa del Ministerio Público y en otro 50% por iniciativa de las partes, reconociendo que en ningún caso lo hicieron de oficio, ni a petición de terceros con interés.

3. ¿En qué etapa procesal aplica el principio de oportunidad?

Los jueces encuestados ante esta pregunta mencionaron en un 100% que aplican el principio de oportunidad, en la etapa anterior a la acusación escrita del fiscal. No registrando porcentaje alguno las demás alternativas planteadas como son hasta antes de la expedición del auto apertorio y en cualquier etapa del proceso.

4. De la carga procesal que existe en su despacho, ¿qué porcentaje se resuelve por el principio de oportunidad?

Estos datos proporcionados, revelaron que el 100% de los encuestados afirmaron que sólo entre 1 a 5% de los casos que tramitan ante sus despachos, se resolvieron aplicando el principio de oportunidad por parte de los jueces en la etapa judicial.

5. Cuando aplica el principio de oportunidad, ¿lo realiza necesariamente con la presencia física de las dos partes en su despacho?

Aquí podemos apreciar que el 95% de los jueces encuestados no consideró

necesaria la presencia de las partes en su despacho para la aplicación del principio de oportunidad, mientras solo el 5% de los encuestados consideró necesaria la presencia física de las partes para la aplicación de este principio.

6. ¿Tuvo la oportunidad de estudiar algún curso u otro sobre conciliación?

De los jueces encuestados sólo el 10% tuvo la oportunidad de seguir algún curso sobre conciliación, mientras que el restante 90% no tiene conocimientos al respecto.

De otra parte, como podremos apreciar en los cuadros estadísticos elaborados con información proveniente del Ministerio Público con información a nivel nacional, que citamos como referencia; se evidencia claramente en los últimos años un incremento casi sostenido del número de denuncias resueltas aplicando el principio de oportunidad.

Por estas consideraciones, se hacen necesarias medidas como el permitir que los Centros de Conciliación previa aprobación del Fiscal, procedan a aplicar el Principio de Oportunidad, cuyo resultado deberá ser remitido al Fiscal en su condición de titular de la acción privada.

En ese entender se hace necesario modificar la Ley 26872, Ley de Conciliación, facultando a los Centros de Conciliación a propiciar conciliaciones en materia penal, respecto de delitos menores o de bagatela, los cuales deberán ser previamente establecidos por ley; y cuyos acuerdos deberán ser homologados por el Fiscal.

Definitivamente la sobrecarga procesal de los despachos judiciales y la lentitud de sus procedimientos y fallas han creado frente a la ciudadanía, una pésima imagen de ineficiencia y corrupción de nuestro sistema judicial, generando desazón y desconfianza de los justiciables respecto al Poder Judicial en su conjunto.

Por estas razones, la alternativa de los Centros de Conciliación como mecanismo de resolución de conflictos extrajudicial, resulta necesaria a fin de propiciar la solución pacífica y negociada de los conflictos con relevancia jurídica que sean sometidos a su ámbito; lográndose simultáneamente la reducción del número de posibles causas procesales en los despachos judiciales.

No obstante, de conformidad con nuestra legislación vigente, en materia penal sólo puede ser sometida a conciliación el monto de la reparación civil correspondiente a la víctima, excluyéndose expresamente cualquier tipo de delitos o faltas.

A nuestro entender, esta limitación se explica por la trascendencia de los bienes jurídicamente tutelados que no son de libre disposición de las partes, correspondiendo al Estado su protección y el empleo de su facultad coercitiva ante su transgresión, por intermedio de sus organismos especializados, como son el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Sobre el particular consideramos que en el caso de delitos menores que revisten una lesividad social mínima, la función tuitiva del Estado si bien no puede ser renunciada; puede ser delegada en estos casos a entidades privadas debidamente autorizadas y supervisadas, como los Centros de Conciliación.

Un argumento a favor de lo antes planteado, radica en la existencia actual de un procedimiento conciliatorio en la etapa de la investigación preliminar, ya estudiado, en el

cual el Fiscal convoca a las partes con el objeto de llegar a un acuerdo respecto a la aplicación o no del principio de oportunidad.

Esta audiencia conciliatoria que se viene realizando al interior de los despachos fiscales, muchas veces por Fiscales no conocedores de técnicas de conciliación, podría realizarse en mejores condiciones y por abogados conciliadores conocedores también de derecho penal en los Centros de conciliación autorizados.

Incidimos sin embargo, en que ésta labor en los Centros de Conciliación debe estar a cargo de profesionales del derecho acreditados como conciliadores y no por profesionales de otras áreas, debido a que conciliar en materia penal requiere además de manera indispensable de una formación jurídica integral.

Igualmente creemos conveniente que el acuerdo conciliatorio de las partes en los Centros de Conciliación, debe ser objeto de homologación por parte del Fiscal, a efectos de verificar la legalidad del acuerdo y si se reúnen los presupuestos establecidos por la norma para la aplicación del principio de oportunidad, dando su conformidad de corresponder y expidiendo el auto de sobreseimiento pertinente.

106

107

En los cuadros 1 y 2 se puede apreciar que el número de internos en los centros penitenciarios, es más elevado en lo que representa la cantidad de procesados frente a los sentenciados, situación que permitiría aprovechar para los efectos de aplicar el principio de oportunidad en los casos cuya utilización puede ser permitida; así observamos que existe un elevado número de internos comprendidos en delitos contra el patrimonio, contra el cuerpo y la salud, contra la libertad y otros que muy bien puede aplicarse este principio procesal.

Con los cuadros en mención, se permite también ilustrar a los operadores jurídicos, conocer el índice de criminalidad para que en instancia preliminar y/o judicial, en lo sucesivo se aplique dicha institución procesal en el momento oportuno, a efectos de limitar el ingreso de investigados y/o procesados a los centros penitenciarios.

¹⁰⁶ **FUENTE:** Establecimientos Penitenciarios de la Región Lima. - Oficina de Informática - DRL

¹⁰⁷ **FUENTE:** Establecimientos Penitenciarios de la Región Lima P=Procesados **ELABORACIÓN:** Oficina de Informática - DRL S = Sentenciados

CAPÍTULO IV CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta y la información estadística presentada en los anteriores capítulos y de las encuestas o cuestionarios aplicados en las Fiscalías Provinciales de Lima y Juzgados Especializados en lo Penal, cuyos modelos aplicados se adjuntan como anexos; hemos podido demostrar las hipótesis planteadas al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

El análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes correspondientes a las dos hipótesis objeto de la presente tesis, nos permitió determinar lo siguiente:

1. Contrastación de la Hipótesis Principal

La aplicación de la conciliación en nuestro sistema procesal penal presenta deficiencias, por la inobservancia de la norma respectiva, por los operadores procesales y por no haber identificado el legislador la problemática socio - jurídica de esta institución procesal

penal.

1. VARIABLES INDEPENDIENTES:

1.1. Variable Independiente A

“La conciliación en la legislación peruana”

De lo investigado pudimos verificar que el número de conciliadores a nivel nacional se ha venido incrementando de manera significativa en los últimos años, hasta llegar a un número importante de estos profesionales de diversas especialidades capacitados para este fin. Por lo que consideramos que actualmente existe un número adecuado de conciliadores extrajudiciales para cubrir la demanda de estos servicios complementarios a la administración de justicia.

Asimismo se pudo observar que el número de Centros de Conciliación Autorizados se incrementó de manera importante a partir del año 2001, coincidiendo con la obligatoriedad de recurrir a estos Centros establecida en la Ley de Conciliación, llegando sobretodo en el caso de Lima ha un crecimiento inusitado que se espera no influya de manera negativa en la calidad del servicio que brindan estos Centros, ante la intensa competencia que obliga muchas veces a reducir honorarios.

Igualmente se pudo evidenciar que el incremento del número de conciliaciones efectuadas, se han incrementado paulatinamente, desde la entrada en vigencia de la obligatoriedad de la conciliación previa en el Distrito Judicial de Lima, aunque aún resulta limitada su importancia con respecto al número de causas que se tramitan ante la instancia judicial.

Se aprecia también de los datos analizados, que las conciliaciones iniciadas y culminadas en materia penal (respecto a la reparación civil) en los Centros de Conciliación Gratuitos del MINJUS, representaron una cantidad ínfima del total de conciliaciones iniciadas y culminadas.

1.2. Variable Independiente B

“El principio de oportunidad en el sistema procesal penal peruano”

Del análisis correspondiente podemos afirmar que esta institución procesal penal en nuestro país resulta aplicable tanto en la etapa preliminar como en la etapa judicial del proceso penal peruano.

A su vez, se comprobó que es únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad, que se materializa la conciliación en el proceso penal, al contemplar esta institución procesal, la realización de una audiencia conciliatoria con la intervención del fiscal, el cual puede proponer fórmulas conciliatorias.

Igualmente, como pudimos constatar en los cuadros estadísticos elaborados con información proveniente del Ministerio Público y asimismo producto de las encuestas realizadas, se evidencia claramente en los últimos seis años aproximadamente, un

incremento casi sostenido del número de denuncias resueltas aplicando el principio de oportunidad en el Distrito Judicial de Lima. Situación a la que ha contribuido significativamente la creación de las Fiscalías Especializadas en Aplicación del Principio de Oportunidad en este Distrito Judicial.

1.3. Variable Independiente C

“Ineficacia de las normas adjetivas penales”

Del estudio y análisis de la información proporcionada por los fiscales y jueces encuestados, se determinó que la normativa procesal penal que regula la aplicación del principio de oportunidad presenta deficiencias y vacíos que impiden un mejor desempeño de esta institución procesal penal.

A este respecto, se comprobó que existe un número importante de fiscales que confunden algunos aspectos relativos a los supuestos de aplicación de este principio, la etapa de su aplicación y los delitos en los cuales procede teniendo en cuenta la pena mínima establecida para los mismos.

Sobre este último punto, podemos afirmar que un número importante de los jueces y fiscales encuestados no tienen claro el panorama de la procedencia del principio de oportunidad, ya que desconocen que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en el artículo 2° del Código Procesal Penal, que es viable la abstención del ejercicio de la acción penal cuando la pena mínima del delito imputado no sea mayor a los dos años de pena privativa de libertad.

De lo que podemos apreciar que los fiscales y jueces estiman en un número importante, que las normas procesales respecto a la aplicación del Principio de Oportunidad sobretodo en la etapa judicial no son precisas, dejando entrever que existen vacíos o disposiciones poco claras al respecto. Asimismo, consideran que las normas sobre el principio de oportunidad son genéricas y que requieren ser complementadas por normas más específicas.

De otro lado, los abogados defensores de las partes no solicitan normalmente la aplicación del principio de oportunidad en favor de sus patrocinados, lo cual puede deberse en gran parte al desconocimiento o deficiente comprensión de la norma correspondiente, por estos operadores del derecho. Lo que a su vez puede ser producto de una deficiente reglamentación de esta institución.

1.4. Variable Independiente D

“Legislación comparada sobre aplicación del principio de oportunidad”

En la mayoría de las legislaciones extranjeras estudiadas sobre el principio de oportunidad o instituciones similares, se evidenció una semejanza conceptual y similares fundamentos político-criminales con el propósito común de descongestionar el aparato jurisdiccional de causas relacionadas a delitos de mínima lesividad social.

Las principales diferencias con respecto a lo normado en nuestro país sobre el particular y que sería conveniente tomar en cuenta por el legislador nacional, residen en

los siguientes puntos:

En **Alemania**, si bien se admite la no persecución de los delitos, si la culpabilidad del autor es leve y no existe un interés público en la persecución, únicamente resultará **procedente con el consentimiento del Tribunal**. Es decir, con el consentimiento del juez, añadiéndose que no resulta necesario el consentimiento del tribunal en los casos de pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio.

Por su parte, en los **Estados Unidos** de Norteamérica El denominado "Plea Bargaining" como se estableció, 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.

Esta declaración de culpabilidad puede manifestarse bajo tres formas, entre las cuales destacamos a la "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** y también resaltamos a la "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**. El poder de discrecionalidad del Ministerio Público es muy amplio.

En **Italia**, 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.

En **Argentina**, la **suspensión del procedimiento a prueba** es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el Tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico penales posteriores. Como se refirió en su momento, la aplicación de éste instituto depende, para el derecho procesal penal argentino, de tres requisitos, destacándose entre ellos, **c) La no comisión de un delito anterior**.

Por último, en **Colombia** la denominada disponibilidad de la acción penal se produce mediante acuerdo de los sujetos que conforman la relación jurídico-procesal, autor del hecho y sujeto pasivo o perjudicado de la infracción; permitiendo el Código de Procedimientos Penales colombiano la conciliación durante las siguientes etapas: a) La

indagación previa, b) La instrucción formal, y c) **En la etapa de juzgamiento, hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia definitiva**, momento en el cual el reconocimiento del acuerdo se hará mediante auto de cesación de procedimiento por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal.

Es presupuesto indispensable la aceptación del funcionario judicial, por cuanto éste debe realizar controles sustanciales.

Respecto de las consecuencias del acuerdo, en el sentido de establecer si es factible precluir o cesar el procedimiento de manera integral o parcial, debe recordarse que *la conciliación tiene contenido estrictamente económico* independientemente de la existencia o no de responsabilidad penal del imputado o procesado.

2. VARIABLES DEPENDIENTES:

2.1. Variable Dependiente A

“La aplicación de la conciliación en el principio de oportunidad durante la instancia preliminar y judicial a cargo del Ministerio Público y del juez penal respectivamente”

Habiéndose determinado que es únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad que se materializa la conciliación en el proceso penal; de la información procesada se pudo evidenciar que en la etapa de la investigación preliminar, en la mayoría de los casos cuando se efectúa la audiencia de conciliación con la presencia de las dos partes, a efectos de determinar la aplicación o no de este principio; las probabilidades de una culminación exitosa de la misma se elevan considerablemente. Constatándose también que más del 50 % de las ocasiones, las partes logran llegar a un acuerdo conciliatorio.

A su vez, se pudo establecer que los fiscales en su gran mayoría se consideran facultados para proponer fórmulas conciliatorias en las denuncias que conocen y que son susceptibles de aplicación del principio de oportunidad.

No obstante lo señalado, se comprobó que sólo un pequeño margen del total de denuncias que ingresan a una fiscalía, son derivadas para la aplicación del principio de oportunidad. Constituyéndose la manifiesta voluntad de las partes por acogerse a este beneficio procesal penal, la principal razón de su aplicación por parte de los fiscales.

Igualmente, en la etapa judicial los fiscales también solicitan la aplicación del principio de oportunidad, cuando sea procedente, correspondiendo asimismo a la iniciativa de las partes, la principal motivación de la misma, siendo mínima la iniciativa de oficio por parte del fiscal.

Sin embargo, la percepción que prevalece mayoritariamente entre los fiscales, es que la buena aplicación del principio de oportunidad influye en el descongestionamiento de la carga procesal que tienen; a pesar que en algunos casos susceptibles de haberse podido aplicar el principio de oportunidad, se tuvo que formalizar la denuncia penal, al no llegar a buen término los acuerdos entre las partes.

De otra parte, en la instancia judicial se verificó que si bien los jueces penales aplican el principio de oportunidad, lo hacen exclusivamente por iniciativa de las partes principalmente y de los fiscales, siendo mínimo el número de causas resueltas aplicando este principio en esta instancia. Siendo pertinente mencionar que cuando los jueces penales aplican este principio, lo hacen casi siempre sin la presencia física de las partes; es decir no se presenta la posibilidad de que las partes concilien en presencia del juez o en todo caso lo haga el Fiscal con la otra parte y el Juez apruebe o desaprobe, lo cual sería importante someterla a una legislación taxativa que regule este vacío legal.

2.2. Variable Dependiente B

“Problemática socio-jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano”

La aplicación del principio de oportunidad si bien se ha venido incrementando en los últimos años, aún resulta una cantidad poco significativa, si tenemos en consideración el cúmulo de denuncias que son merituadas por el Ministerio Público y el Poder Judicial respectivamente.

La información estadística oficial presentada, constituye una prueba contundente que el Principio de oportunidad a pesar de las importantes modificaciones en marcha, aún no ha producido los resultados esperados por el legislador al momento de su implantación.

En ese sentido, la conciliación en el Principio de oportunidad constituye un importante mecanismo para hacer viable la realización efectiva de ésta institución procesal.

No obstante, si el Principio de oportunidad no ha alcanzado en la actualidad los niveles de aplicación que se proyectaron, ello se debe a la existencia de causas identificables que obstaculizan su desarrollo; las cuales inciden directamente en el ámbito de la conciliación dentro de la investigación preliminar y en la etapa judicial.

Esta institución procesal a su vez, reviste singular importancia, toda vez que en la etapa de la investigación preliminar el principio de oportunidad se materializa a través del procedimiento conciliatorio entre las partes involucradas en el hecho punible, el cual es dirigido por el Fiscal e iniciado a petición del denunciado, del agraviado o de oficio. Este principio procesal penal puede aplicarse asimismo en la etapa judicial, aunque su estado de aplicación actual es casi nulo en esta instancia, por lo que puede afirmarse que el principio de oportunidad se viene desarrollando en la instancia preliminar.

Seguidamente analizaremos las causas que a nuestro criterio constituyen los principales escollos para la consolidación del principio de oportunidad como mecanismo eficaz del sistema procesal penal peruano, para la solución pacífica y eficiente de los delitos menores o de bagatela.

- Desconocimiento de los beneficios que conlleva la aplicación del principio de oportunidad y falta de una mayor difusión por parte del Ministerio Público y otras instituciones relacionadas con la Administración de Justicia.

El desconocimiento de la existencia de este principio por parte de los interesados e incluso de algunos abogados; respecto a los alcances de esta institución genera que no

se acojan al mismo, aunque en su mayoría desearían solucionar el problema surgido lo antes posible. Ello muchas veces no puede materializarse por carecer de medios económicos para recurrir ante un letrado que los asesore al respecto, perdiendo la posibilidad de solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

De otro lado, al aplicar éste principio de oficio el representante del Ministerio Público las partes pueden tornarse sumamente desconfiadas ante la propuesta del Fiscal, traduciéndose ello en una falta de colaboración para su aplicación.

En el caso de los abogados la situación de desconocimiento de los reales efectos del principio de oportunidad es más compleja ya que en lugar de ser un colaborador con la administración de justicia, constituye un obstáculo de parte del que se entiende especialista en el ámbito jurídico, generando por ende la no aplicación del mismo.

Ausencia de fiscales, especializados en técnicas de conciliación, para la aplicación del principio de oportunidad

De las encuestas realizadas a los fiscales que se desempeñan en las Fiscalías destinadas a aplicar el principio de oportunidad, se aprecia que ninguno de los Fiscales cuentan con estudios respecto a técnicas de conciliación.

El Representante del Ministerio Público en nuestro país viene desempeñándose en gran medida como persecutor del delito y eso lo demuestran las estadísticas anexas al presente, donde el mayor número de denuncias son materia de formalización ante la instancia jurisdiccional y ello determina que el Fiscal no tiene muy definida la posición de un conciliador, ubicación que le correspondería al aplicar el principio de oportunidad, además del hecho de no contar con los estudios necesarios relacionados con las técnicas de conciliación, por lo cual el número de casos donde se podría aplicar el principio de oportunidad se reduce a su mínima expresión tal y conforme se aprecia en los cuadros estadísticos antes mencionados.

En ese sentido, como bien se refirió anteriormente, la aplicación del principio de oportunidad requerirá para su materialización que se efectúe una audiencia de conciliación entre las partes interesadas (denunciado, agraviado; tercero civilmente responsable) con la presencia y bajo la dirección del Fiscal Especializado en el caso del distrito judicial de Lima, y de los Fiscales Provinciales en el resto del país.

Si bien la norma no detalla el procedimiento a seguir en la realización de la audiencia conciliatoria, el Fiscal deberá adecuar la misma a los fines perseguidos por esta institución, tratando de ser lo más persuasivo posible logrando que las partes en conflicto puedan comprender e interiorizar los beneficios que conlleva la aplicación del principio de oportunidad para cada uno de ellos.

La misma destreza o quizás una mayor deberá ser exhibida para convencer a los abogados que se muestren renuentes a su aplicación y que influyan de manera negativa en sus patrocinados. Incluso si esta oposición del letrado no es abierta, sino que se muestra encubierta a través de múltiples exigencias rígidas que se sabe no serán aceptadas por la otra parte.

Aunque un primer análisis podría llevarnos a pensar que el dominio de estas técnicas

por parte del Fiscal no es tan necesario; este criterio cambiará radicalmente si consideramos que las mismas responden a numerosas investigaciones serias realizadas en el ámbito internacional y cuyos resultados en su aplicación han sido óptimos. Constituyendo tal vez su principal aporte el crear una conciencia ciudadana propensa a la solución pacífica de sus conflictos por intermedio de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales la conciliación ocupa un lugar privilegiado.

Por estas consideraciones estimamos que el conocimiento y manejo de las técnicas de conciliación, por parte de los Fiscales, incidirá beneficiosamente en el incremento de la aplicación del principio de oportunidad en un mayor número de denuncias interpuestas.

Estimamos pertinentes la acreditación como conciliador del Ministerio de Justicia por cuanto la misma implica la culminación exitosa de un curso especializado en la materia, con una duración suficiente y la realización de talleres y simulacros de audiencias conciliatorias que garantizan al profesional acreditado, una capacitación adecuada. Situación distinta es la que acontece con los seminarios, talleres y cursos de breve duración, donde la premura del tiempo, y la naturaleza de los mismos no resulta idónea para el logro de los fines perseguidos.

Igualmente consideramos que un Fiscal acreditado como conciliador extrajudicial brindará a las partes mayor confianza y seguridad de un resultado positivo cuando se realice la audiencia conciliatoria previa a la aplicación del principio de oportunidad.

Esta alternativa de solución podría implementarse sin necesidad de rotar al personal que se encuentra actualmente en funciones, brindándoles las facilidades y recursos requeridos a los mismos, a fin de que se capaciten adecuadamente en alguno de los cursos que brinda periódicamente el Ministerio de Justicia preferentemente o a través de los cursos que imparten los Centros de Formación de Conciliadores Privados.

- Obligación de cancelar en una armada el monto de la reparación civil cuando sea menor a 3 UIT

Como mencionamos anteriormente la forma y oportunidad de pago de la reparación, regulado en el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la aplicación del Principio de Oportunidad, existe la obligación para el Fiscal de autorizar el pago fraccionado de la reparación acordada sólo en el supuesto que ésta exceda a tres unidades impositivas tributarias.

Es decir considerando que la UIT vigente asciende al monto de s/. 3,100 nuevos soles, sólo podrá autorizarse el pago fraccionado de la reparación civil acordada, cuando esta supera los s/. 9,300 nuevos soles y en un plazo no mayor a 6 meses.

Por consiguiente las cantidades menores o iguales a ésta cantidad, a pesar de haber un acuerdo de las partes respecto a la reparación civil no pueden ser susceptibles de fraccionarse, de acuerdo a lo establecido en la precitada norma, no pudiendo materializarse así la aplicación del principio de oportunidad ante este supuesto.

Esta circunstancia la consideramos una innecesaria barrera que dificulta el acceso a una solución pacífica, rápida y eficiente a favor de las personas de escasos recursos económicos. Ello debido a que son pocas las personas en nuestro país que están en la

posibilidad de desembolsar en una sola armada el equivalente a 3 UIT y cuyo monto se incrementa anualmente.

Frente a la problemática coyuntura social y económica del Perú, el Fiscal y las partes carecen de una mayor discrecionalidad para poder acordar fórmulas de pago que se adecuen a las posibilidades económicas del obligado.

A nuestro entender resulta imprescindible la modificación del Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad, en el extremo que dispone la obligatoriedad de cancelar en una sola armada el monto de la reparación civil, cuando éste sea menor a 3 UIT (actualmente s/. 9,300.00).

Como lo referimos anteriormente, si bien la norma tiene por objeto tutelar el resarcimiento efectivo a la víctima por el daño ocasionado, no es menos cierto que establecer montos mínimos a pagar en una sola armada, sin tomar en consideración la situación particular de cada imputado, resulta por decir lo menos un contrasentido.

Es más, en un país económicamente limitado como el nuestro, establecer estos criterios de pago que están muy por encima del ingreso promedio de nuestra población: implica desde ya poner al margen de los beneficios del principio de oportunidad, a un sector importante de los denunciados por delitos menores cuyos ingresos y patrimonio se encuentran dentro del promedio señalado.

Se podría argumentar en contra que no estaría suficientemente garantizado el pago en este supuesto, pero ante ello debemos recordar que el precitado Reglamento establece claramente que si el obligado dejase pasar más de 15 días sin hacer efectiva la reparación mandada pagar en una sola armada, o si se retrasase más de 3 días en el abono de las cuotas fraccionadas, el Fiscal Provincial procederá a notificarlo conminándolo por única vez a cumplir su obligación en los siguientes 3 días.

Ante el incumplimiento del imputado el Fiscal está facultado a revocar el auto de abstención en el ejercicio de la acción penal y a devolver los actuados al Fiscal Provincial de origen para que proceda conforme a sus atribuciones, por lo que el obligado se encuentra conminado a honrar el acuerdo bajo apercibimiento de perder el beneficio obtenido.

Por ello reiteramos que sería positivo permitir al Fiscal de acuerdo a las circunstancias del caso y a lo que manifiesten las partes, ha aprobar los acuerdos sobre la forma y plazos de pago respecto a la reparación civil que planteen los interesados, cautelando principalmente que el mismo se celebre sin coacción alguna y libremente.

En síntesis, planteamos modificar el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad, en el extremo que dispone la obligatoriedad de cancelar en una sola armada el monto de la reparación civil, cuando esta sea menor a 3 UIT, permitiendo al Fiscal establecer montos menores y mayores plazos de fraccionamiento, cuando así lo requiera la particular situación socio-económica del imputado.

· Demasiada carga procesal

Este es un problema tan antiguo como la existencia misma del sistema judicial peruano. Por una parte puede afirmarse que existe una tendencia conflictiva en nuestra sociedad, la que frecuentemente no logra encontrar soluciones negociadas y conciliadas a sus problemas recurriendo continuamente al Poder Judicial para que sea un tercero investido de autoridad pública el que dirima su conflicto de intereses.

En materia penal el problema se torna más agudo aún, pues tratándose de derechos no disponibles por las partes y de acción pública, el Estado a través del Ministerio Público, está en la obligación legal de iniciar la acción penal, existiendo mecanismos procesales restringidas para extinguir la acción penal y la pena, antes de la sentencia y del cumplimiento de la sanción, respectivamente.

A su vez, observamos que en la gran mayoría de los despachos de los fiscales, su carga procesal está ocupada en realizar las diversas actividades propias de su función y que por cierto algunas diligencias le ocupan varias horas de labor como puede ser investigaciones IN SITU, participar en los juicios orales que están a su cargo, emitir dictámenes, etc.

Debe destacarse que la cuarta parte de la labor que debe realizar el fiscal está ocupada en ventilar denuncias por delitos menores, donde es factible la aplicación del principio de oportunidad, mientras que las tres cuartas partes restantes están dedicadas a efectuar todas las demás labores, es decir, esta cantidad es muy significativa frente a cada una de las otras actividades del fiscal.

Por ende, en general el sistema judicial peruano se ve constantemente requerido por la población, lo que origina una continua demanda de sus servicios; situación que en el ámbito penal y del Ministerio Público en particular se aprecia con frecuencia ante los elevados índices de criminalidad a todo nivel en la sociedad peruana. Esta situación queda graficada en el Cuadro N° 8 DENUNCIAS INGRESADAS EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DE LIMA, POR DELITO GENÉRICO Y ESPECÍFICO AÑO 2001, que se anexa a la presente tesis.

Otro factor concomitante al anterior lo constituye la prolongada duración de los procesos en general y del proceso penal en particular, donde los plazos establecidos por ley son excedidos en demasía a causa de los múltiples y necesarias diligencias o simplemente por la desidia de algunos servidores y magistrados.

Esta demora justificada o no en la solución de las causas penales en trámite aunada con el constante ingreso de denuncias, crean un verdadero cuello de botella al interior de los despachos fiscales, los cuales ante la presión de las causas pendientes, en muchos casos se ven propensos a formalizar denuncias antes que aplicar el procedimiento establecido para la aplicación del principio de oportunidad .

A pesar de ello, es justamente el principio de oportunidad como principal mecanismo procesal en la etapa de la investigación preliminar, el que contribuirá sustancialmente a la paulatina solución de esta sobrecarga de causas penales pendientes, muchas de ellas referidas a delitos de mínima gravedad.

CONCLUSIONES

1. La conciliación en el proceso penal peruano se presenta únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad tanto en la etapa de la investigación preliminar como en la etapa judicial.
2. La aplicación de la conciliación en el proceso penal peruano presenta problemas socio-jurídicos que limitan su desarrollo y que no han sido debidamente identificados por el legislador.
3. El mayor número de casos resueltos en virtud de la aplicación del principio de oportunidad corresponde a la etapa preliminar del proceso penal, a cargo del Ministerio Público.
4. En la etapa judicial, la aplicación del principio de oportunidad resulta mínima por parte de los jueces especializados en lo penal y en ningún caso a iniciativa de oficio.
5. Este principio se viene aplicando fundamentalmente por iniciativa de las partes interesadas y en un menor número de causas por iniciativa de oficio del fiscal, tanto en la instancia preliminar como en la judicial.
6. En los últimos años, se han implementado importantes innovaciones para una eficaz aplicación del principio de oportunidad, tales como la creación de Fiscalías Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad, las cuales han contribuido significativamente al incremento de la aplicación de esta institución procesal penal.

- La posibilidad de aprobación por parte del Fiscal del acuerdo conciliatorio de las partes, que conste en un documento privado legalizado ante notario; constituirá un importante aporte para el incremento del número de causas solucionadas por aplicación del principio de oportunidad. 7.
- La falta de capacitación en técnicas de conciliación de los señores fiscales y jueces especializados en lo penal, incide directamente en la menor probabilidad de causas penales solucionadas con éxito, en aplicación del principio de oportunidad. 8.
- La obligación legal del imputado de cancelar en una sola armada el monto de la reparación civil cuando sea menor a 3 UIT, constituye una traba normativa innecesaria y discriminatoria para los denunciados que cuenten con escasos recursos económicos. 9.
- La actual regulación de la aplicación del principio de oportunidad en la etapa del proceso penal a cargo del juez, resulta deficiente e insuficiente, por lo que resulta necesaria su revisión y reglamentación adecuada. 10.

RECOMENDACIONES

- Designar a cargo de las Fiscalías Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad a Fiscales acreditados como conciliadores
- En cuanto a la reparación civil, reducir el monto a cancelar en una sola armada o permitir el fraccionamiento de acuerdo a la condición socio-económica del imputado
- Facultar a los Centros de Conciliación previa aprobación del Fiscal, para aplicar el Principio de Oportunidad, cuyo resultado deberá ser remitido al mismo en su condición de titular de la acción privada, para su conformidad.
- Establecer directivas orientadas a la difusión y aplicación preferente del principio de oportunidad por parte de los Defensores de Oficio.
- Las Fiscalías Especializadas en Aplicación del Principio de Oportunidad deben dejar de ser un Plan Piloto para convertirse en parte integrante de la organización y estructura funcional del Ministerio Público, ampliando su cobertura a nivel nacional.
- Se debe implementar campañas informativas sobre la aplicación del principio de oportunidad, a través de afiches, conferencias públicas, módulos informativos en el Ministerio Público y en otros órganos encargados de la administración de justicia, o recurriendo a los medios de comunicación de gran envergadura como la radio, televisión, prensa escrita e internet, por medio de avisos, para de ésta manera difundir en forma masiva a nivel nacional, los alcances de esta importante institución procesal penal y por ende crear en la sociedad una cultura predispuesta a la Conciliación.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Efectuado el análisis correspondiente de la problemática determinada en la aplicación de la conciliación en el proceso penal, hemos podido establecer la necesidad de implementar las siguientes modificaciones normativas al respecto:

- Modificar la Ley 26872, Ley de Conciliación, facultando a los Centros de Conciliación a propiciar conciliaciones en materia penal, respecto de delitos menores o de bagatela, los cuales deberán ser previamente establecidos por ley; y cuyos acuerdos deberán ser homologados por el Fiscal.
- Asimismo, modificar la Ley 26872 estableciendo que los Centros de Conciliación deben estar a cargo de profesionales del derecho acreditados como conciliadores y no por profesionales de otras áreas, debido a que conciliar en materia penal requiere además de manera indispensable de una formación jurídica integral.
- Modificar el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Especializadas en la Aplicación del Principio de Oportunidad, en el extremo que dispone la obligatoriedad de cancelar en una sola armada el monto de la reparación civil, cuando esta sea menor a 3 UIT, permitiendo al Fiscal establecer montos menores y mayores plazos de fraccionamiento, cuando así lo requiera la particular situación socio-económica del imputado.
- Reglamentar la aplicación del principio de oportunidad en la instancia judicial estableciendo etapas y procedimientos claros sobre el particular, tal como se efectuó en la etapa de la investigación preliminar con la Circular N° 006-95-MP-FN, sus

normas complementarias y como en el procedimiento de terminación anticipada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIN, Eser. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Idemsa. 1995.
- ALFARO PINILLOS, Roberto. Compendio Práctico de Derecho Procesal Peruano (2,628 preguntas y respuestas). Serie : Derecho Empresarial. Editorial San Marcos, Lima, 2000, Instituto Cesare Beccaria. Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal. Editora Jurídica " GRIJLEY ". Lima, 1991.
- AMUCHÁTEGUI REQUENA, Irma.- Derecho Penal. Editorial Harla, México 1993.
- ARAGONESES, Alonso. Instituciones del Derecho Procesal Penal. Gráficas Mesbard. Madrid 1997.
- ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Editorial JM Bosch. Barcelona 1995.
- ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y Principio de oportunidad: España y Alemania. Barcelona. Edit. PPU, 1ra. Ed. 1991.
- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Astrea, 1978.
- BACIGALUPO, Enrique. Descriminalización y Prevención, en Poder Judicial, Madrid, 1987, N° Esp. II.
- BAUMANN, Jürgen. Derecho Penal, Buenos Aires: De Palma. 1981.
- BAUMANN, Jürgen Derecho Procesal Penal. Traducción del alemán por Conrado Finzi, Buenos aires. Ediciones DE PALMA, 1ra. Ed. 1986.

- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Temas de Derecho Penal, Lima, Cultural Cuzco Editores: 1993.
- BETTIOL Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Barcelona, Bosh, 1973.
- BETTIOL, Guiseppe. Instituciones del Derecho Penal y Procesal Penal. Editorial Bosch. Barcelona 1977.
- BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editorial AD - HOC, Argentina 1992.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá, Themis, 1986.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI Elena. Victimología, Barcelona PPU, 1993.
- CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, Teoría General del Proceso y de la Prueba. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- CAFETZOGLUS, Alberto. Derecho Procesal Penal. Ediciones Hammurabi. Buenos Aires 1977.
- CAIVANO, Roque J. Jurisprudencia Argentina. Número 5942 ; Buenos Aires, Argentina, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco, Derecho y Proceso, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa – América. 1998.
- CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Madrid, Tecnos, 1990.
- COBO DEL ROSAL Manuel y VIVES ANTON Tomás. Derecho Penal - Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- Código Penal, 5 códigos y legislación complementaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- Constitución Política del Perú, 1993, Edición Oficial.
- COUSIÑO Luis. Derecho Penal Chileno I y II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- CREUS Carlos. Esquema de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Astrea, 1993.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y práctica. 4ta. Edición. Palestra Editores, Lima, 2000.
- CURY, Enrique. Derecho Penal I y II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Ed. 1992.
- CHIL MEZARINA, Juan. Apuntes para la Estructuración del Ministerio Público. Fondo editorial del Ministerio Público. Lima 1998.
- DELGADO BARRIO. El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal, en Actualidad Penal. Madrid, semana - 15 Abril 10, pág. 76.
- DELMAS - MARTY, Mirelle. Modelos Actuales de Política Criminal, Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría de Justicia, 1986.
- DE RIVACOBAY Y RIBACOBAY. Hacia una nueva Concepción de la Pena. Lima, Grijley, 1995.
- DEVIS ECHEANDIA, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial

- Universidad S.R.L. 1999.
- ESSER, Albin. De los delitos y de las Víctimas. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.
- FISCALÍA DE LA NACIÓN. Circular Nº 006-95-MP-FN : El Principio de Oportunidad, aprobada por Res. Nº 1072-95-MP-FN. 16/11/95.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. La Reparación Civil en el Proceso Penal, IDEMSA, Lima, 1999.
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio. El Principio de Oportunidad. Ediciones legales. Lima, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial Colex 1989.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas. Bosch, Casa Editorial S.A..
- GONZÁLES MANTILLA, Gorki, Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona, Bosh, 1984.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HURTADO POZO, José. El Ministerio Público. Editorial EDDILI. Lima 1984.
- INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA Criminología y Derecho Penal. Donostia: Ref. 1989.
- JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal I y II. Barcelona, Bosh, 1981.
- JUNCO VARGAS, José Roberto. La Conciliación - Aspectos sustanciales y Procesales ; Ediciones Jurídica Radas ; Sta. Fe ; Bogotá ; Colombia ; 1994.
- KRUMPELMAN, Justus. Delitos de Bagatela. Barcelona, Bosh, 1976.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. El Procedimiento Conciliatorio, Un Enfoque Teórico - Normativo. Gaceta Jurídica. Editores. Lima, 2000.
- MAGARIÑOS, Mario. Hacia un criterio para la Determinación Judicial de la Pena en Determinación Judicial de la Pena. Buenos Aires. Editores Del Puerto 1988.
- Ministerio de Justicia y Derecho de Colombia. La Conciliación en el Derecho Administrativo. Programa de Modernización de la Administración de Justicia - FES - AID; Sta. Fe de Bogotá ; D.C. ; Editorial Interconed ; Abril de 1996.
- MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Barcelona, Bosh, 1976.
- MIXAN MASS, Florencio. Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal. Ediciones BLG. Lima 1996.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTÓN REDONDO Alberto: "Derecho Jurisdiccional". Tres tomos, Bosch, Barcelona, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Barcelona, Bosh, 1986.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Terant lo

- Blanch, Valencia, 1996.
- NOVAK, Fabián, Las Garantías del Debido Proceso. Imprenta DESA S.A.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Alternativas, Lima, 1996.
- OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas, Ed. Heliasta, Argentina. 1981.
- ROXIN, Clauss. Derecho Penal, Parte General. Traducción de Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997.
- PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. 3er. Edición Editora Jurídica Grijley. Lima, 1999.
- RIERA JAUME, Sole.- La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal. Editorial. Bosch. Barcelona 1997.
- RUBIANES, Carlos, Derecho Procesal Penal. Tomo I, Ediciones De Palma. Buenos Aires.
- SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Grigley, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: Comentarios al Código Procesal Penal Idemsa, Lima, 1994.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, La Libertad y sus Problemas, Biblioteca Omeba.
- SERRANO PIE DE CASAS, Fernando. Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Anotaciones de Derecho peruano por el Prof. Carlos Caro. Gráfico Horizonte S.A.; Lima, 1999.
- SOLE RIERA, Jaime. La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal, Bosch, Barcelona, 1972.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.
- URQUIZO OLAECHEA, José. El Bien Jurídico. En Rev. Peruana de Ciencias Penales, No. 6, año III, GC. Ediciones, Lima, 1998.
- VASALLO SAMBUCETI, Efraín. La Acción Civil en el Proceso Penal. Editorial San Marcos, Lima, 2000.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1995.
- VILLA STEIN, Javier: Derecho Penal. Parte General. Ediciones San Marcos, Lima, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal. Editorial Cuzco, Lima, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General, 5 To-mos, Ediar, Buenos Aires, 1980.

Anexos

ANEXO N° 1

ENCUESTA A FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE LIMA

- En la etapa preliminar, en lo que respecta al Principio de Oportunidad, su Despacho
- | | | |
|------|---|----|
| 1. | Resuelve aplicando el mismo | 2. |
| ii. | Deriva a las Fiscalías Especializadas de aplicación del Principio de Oportunidad. | i. |
| iii. | Asume otra Resolución. | |

De las denuncias que ingresa a su Fiscalía, ¿en qué porcentaje aproximadamente le otorga el trámite para a aplicación del Principio de Oportunidad?

- | | | |
|------|-------------|------|
| 1. | 1 % - 5 % | 2. |
| ii. | 5 % - 25 % | i. |
| iii. | 25 % - 50 % | ii. |
| iv. | Más de 50 % | iii. |

¿En qué tipo de Delitos considera que debe aplicarse el Principio de Oportunidad?	1.
En los delitos cuya pena no supere los dos años de Pena Privativa de Libertad	2. i.
En los delitos cometidos por Funcionarios Públicos	ii.
En los delitos que superen los dos años de Pena Privativa de Libertad, que por las características del tipo penal puede aplicarse	iii.
¿Qué elementos le permiten establecer la aplicación del Principio de Oportunidad, además del Tipo delictual?	1.
Que las partes lo soliciten	2. i.
Por el mérito de los actuados que pueden llegar a una conciliación	ii.
Suficiente que sea un delito de escasa relevancia	iii.
Otros	iv.
En instancia jurisdiccional, su Despacho ¿solicita la aplicación del Principio de Oportunidad?	1.
SÍ	
NO	
De ser afirmativa su respuesta anterior, en qué casos lo efectiviza:	1.
Cuando las partes lo solicitan	2. i.
De oficio	ii.
A solicitud del Juzgador	iii.
Otros	iv.
Hasta qué etapa procesal, el Ministerio Público puede aplicar el Principio de Oportunidad	1.
Hasta antes de la formalización de la denuncia penal	2. i.
Hasta antes de la acusación escrita del Fiscal	ii.
Hasta antes de la lectura de la Sentencia incluyendo la segunda instancia	iii.
Otro	iv.
De los expedientes que ingresan a su Despacho, ¿qué cantidad aproximadamente son para los fines de aplicación del Principio de Oportunidad?	1.
1 % - 5 %	2. i.

5 % - 15 %	ii.
15 % - 25 %	iii.
25 % - 50 %	iv.
Más de 50 %	v.

Considera que el ordenamiento procesal es claro para la aplicación del Principio de Oportunidad en etapa judicial? 1.

NO

SÍ

Si su respuesta anterior es negativa, se debe a que:	1.
Sólo define de manera genérica, que debe ser complementado con normas específicas	2. 1.
Se debe cambiar todo el ordenamiento legal respecto al Principio de Oportunidad	ii.
Debe excluirse dicha institución del ordenamiento legal por no ser necesario.	iii.

ANEXO N° 2

ENCUESTA REALIZADA A FISCALES DE LAS FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN APLICACIÓN DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1.- ¿En qué etapa procesal tiene competencia la Fiscalía a su cargo? 1.

Judicial

Preliminar

Otro

2.- ¿Cómo llegan las causas a conocimiento de su Despacho? 1.

Por remisión de la Policía y otras entidades

Derivación de las Fiscalías Penales Comunes

Denuncia Directa de los Ciudadanos

3.- Cuando notifica a las partes para la diligencia de Conciliación ¿En qué porcentaje las partes concilian? 1.

1 % – 30 %

30 % – 60 %

- 60 % – 90 %
Más de 90 %
- 4.- ¿En qué medida las partes llegan a conciliación ante su despacho? 1.
1 % – 25 %
25 % – 50 %
Más de 50 %
- 5.- Las partes cumplen con los acuerdos asumidos en la conciliación 1.
1 % – 25 %
25 % – 50 %
Más de 50 %
- 6.- De no existir conciliación entre las partes se debe a: 1.
La No aceptación de las Partes
Falta de colaboración de los abogados
Otras razones
- 7.- ¿El Fiscal tiene la facultad de proponer alguna fórmula de conciliación? 1.
Sí
NO
- 8.- ¿Cuenta con estudios de Conciliación? 1.
Sí
No

ANEXO N° 3

MODELO DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE LIMA

- APLICA EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN SU DESPACHO? 1.
SÍ NO
- DE SER AFIRMATIVA SU RESPUESTA ANTERIOR, ¿A SOLICITUD DE QUIÉN LO HACE? 1.

Del Ministerio Público	2. i.
De las partes	ii.
De terceros con interés	iii.
De oficio	iv.
¿EN QUÉ ETAPA PROCESAL APLICA EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD?	1.
Al expedir el Auto Apertorio	2. i.
Hasta antes de la acusación fiscal escrita	ii.
En cualquier etapa del proceso	iii.
DE LA CARGA PROCESAL QUE EXISTE EN SU DESPACHO ¿QUÉ PORCENTAJE SE RESUELVE POR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD?	1.
De 0% a 5%	2. i.
De 6% a 10%	ii.
De 11% a 15%	iii.
De 15% a más	iv.
CUANDO APLICA EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, ¿LO REALIZA NECESARIAMENTE CON LA PRESENCIA FÍSICA DE LAS DOS PARTES EN SU DESPACHO?	1.
SÍ NO	
TUVO LA OPORTUNIDAD DE ALGÚN CURSO U OTRO SOBRE CONCILIACIÓN	1.
SÍ NO	