



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

¿MERECE OPORTUNIDAD? ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN NACIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN RELACIÓN CON EL DELITO DE MINERÍA

Josué Narro-Abanto

Piura, abril de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Narro, J. (2017). *¿Merece oportunidad? Análisis crítico de la regulación nacional del principio de oportunidad en relación con el delito de minería ilegal* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

JOSUÉ ZAMIR NARRO ABANTO

**¿MERCIDA OPORTUNIDAD? ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
REGULACIÓN NACIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
EN RELACIÓN CON EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2017

APROBACIÓN

La tesis titulada “*¿Merecida oportunidad? Análisis crítico de la regulación nacional del principio de oportunidad en relación con el delito de minería ilegal*”, presentada por el bachiller Josué Zamir Narro Abanto en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Percy García Caverro.

Director de Tesis

*A mi madre, Amparo,
por haberme dado mucho más que la vida.*

ÍNDICE

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	5
1.1. Cuestiones conceptuales	6
1.1.1. Definición.....	6
1.1.2. Naturaleza jurídica	8
1.1.2.1. Oportunidad y transacción	11
1.1.2.2. Oportunidad y conciliación.....	13
1.1.2.3. Oportunidad y allanamiento.....	14
1.1.2.4. Toma de posición	16
1.1.3. Características	17
1.2. Origen y fundamento	19
1.2.1. Cuestiones preliminares: sistemas procesales y reformas en Latinoamérica.....	20
1.2.1.1. Modelos o sistemas del proceso penal	20
1.2.1.2. Movimiento de reforma del proceso penal en América Latina.....	24
1.2.2. Origen y modelos de oportunidad	28
1.2.3. Fundamento	33
1.2.3.1. Oportunidad y teorías absolutas de la pena.....	36
1.2.3.2. Oportunidad y teorías relativas de la pena	37
1.2.3.2.1. Oportunidad y teoría de la prevención	37
1.2.3.2.2. Oportunidad y teoría de la reestabilización. Toma de postura.....	38

1.3.	Principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico peruano	44
1.3.1.	Antecedentes y regulación actual	44
1.3.2.	Criterios de oportunidad en el CPP de 2004.....	49
1.3.2.1.	Aspectos generales	49
1.3.2.2.	Supuestos de aplicación facultativa.....	52
1.3.2.2.1.	Falta de necesidad de pena	52
1.3.2.2.2.	Falta de merecimiento de pena:	53
1.3.2.3.	Delitos de minería ilegal.....	54
1.3.2.3.	Supuestos de aplicación obligatoria	56
CAPÍTULO II: LA MINERÍA ILEGAL.....		59
2.1.	Antecedentes de la minería en el Perú.....	59
2.2.	La minería y sus consecuencias.....	61
2.2.1.	Impactos ambientales.....	65
2.2.1.1.	Liberación de sustancias tóxicas.....	65
2.2.1.2.	Contaminación por mercurio	66
2.2.1.3.	Deforestación.....	67
2.2.1.4.	Impactos ambientales de la minería filoneana.....	68
2.2.2.	Impactos sobre la salud humana	68
2.2.3.	Impactos socioeconómicos	69
2.2.3.1.	Trata de personas con fines de explotación laboral y prostitución de menores	70
2.2.3.2.	Evasión tributaria.....	71
2.2.3.3.	Narcotráfico y lavado de activos	71
2.3.	El delito de minería ilegal en el ordenamiento peruano	73
2.3.1.	Breve referencia a la protección jurídica del medio ambiente.....	73
2.3.2.	Aspectos generales de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales	76
2.3.2.1.	Bien jurídico penalmente protegido	78
2.3.2.2.	Técnica legislativa	79
2.3.3.	Tipificación del delito de minería ilegal	81
2.3.3.1.	Necesaria distinción entre minería ilegal y minería informal	83
2.3.3.2.	Sujetos	85
2.3.3.3.	Conducta típica.....	86
2.3.3.4.	Resultado típico	88
2.3.3.5.	Elemento subjetivo	89
2.3.3.6.	Penalidad y consecuencias jurídicas del delito	89

2.3.3.6.1. Pena	89
2.3.3.6.2. Consecuencias accesorias.....	90
2.3.3.6.3. Reparación civil	91
2.3.3.7. Circunstancias agravantes	92

CAPÍTULO III: ANALIZANDO EL MÉRITO DE LA OPORTUNIDAD	93
3.1. Análisis de adecuación entre el delito de minería ilegal y el principio de oportunidad	93
3.1.1. Oportunidad a la minería ilegal.....	95
3.1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad	98
3.1.3. Disvalor de acción y disvalor de resultado.....	99
3.1.4. Resolviendo la hipótesis.....	100
3.2. Propuestas de lege ferenda.....	102
CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107
LINKOGRAFÍA	117

ABREVIATURAS

art.	artículo
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confróntese
cit.	citado
cit. por	citado por
Const.	Constitución Política del Perú
Coord.	Coordinador(es)
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPPMI	Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica
Dir.	Director(es)
D. Leg.	Decreto Legislativo
ed.	edición
Ed.	Editor(es)
EFA	Entidad(es) de Fiscalización Ambiental
Exp.	Expediente
inc.	inciso
INEI	Instituto Nacional de Estadísticas e Informática
LGA	Ley General del Ambiente
MP	Ministerio Público
núm.	número
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
op. cit.	obra citada
Osinergmin	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

p.	página
párr.	párrafo
pp.	páginas
PBI	Producto Bruto Interno
ss.	siguientes
s/p	sin número de página
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza procesal penal alemana)
TC	Tribunal Constitucional
TUO	Texto Único Ordenado
Vid.	Véase
v.g.	verbigracia
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El Perú es un país de antigua tradición minera, actividad económica que ha estado presente a lo largo de toda su historia debido al enorme potencial geológico con que cuenta. Si bien depende mucho de factores externos, en los últimos años esta actividad explotativa ha experimentado un auge importante, producto de la alta cotización de la minerales en el mercado internacional. Es así que gran parte del crecimiento económico del país obedece a las divisas que genera esta actividad, que ha contribuido durante el año 2013 con el 14.7% del PBI, además de haber sido responsable de entre el 10% y 16% de la recaudación tributaria, liderar las exportaciones y contribuir con la generación de puestos de trabajo.

Sin embargo, por las características propias de la actividad, también es una de las que mayor impacto negativo genera en su entorno, por lo cual ha sido causa de numerosos conflictos socioambientales en el país (v.g. caso Conga en Cajamarca, caso Tía María en Arequipa, entre otros). Reflejo de ello, tenemos que el Reporte de conflictos sociales correspondiente al mes de setiembre de 2015, elaborado por la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, señala que de los 150 conflictos activos registrados durante ese mes en el país, el 75.3% son de tipo socioambiental, de los cuales el 63.6% corresponden al sector minero.

Las consecuencias negativas que se generan son diversas, y no de poca importancia, en especial cuando se trata de la actividad minera que opera al margen de la legalidad, donde no se adopta ningún criterio técnico para su desarrollo. Entre sus efectos podemos encontrar impactos

ambientales (contaminación, deforestación, entre otros), impactos sobre la salud humana, y hasta impactos socioeconómicos (trata de personas con fines de explotación laboral, trabajo infantil, etc.). Asimismo, no faltan nexos que permiten relacionar la minería ilegal con graves figuras delictivas, y coexiste principalmente con el lavado de activos.

En este contexto, el 22 de diciembre de 2012, el Congreso de la República del Perú aprobó la Ley N° 29815, mediante la cual se delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materias de minería ilegal, promulgándose una serie de decretos legislativos dirigidos principalmente a la interdicción de la minería ilegal, y a la lucha contra la criminalidad asociada a dicha actividad. Entre las normas emitidas se encuentra el D. Leg. N° 1102, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de febrero de 2012, que incorporó al CP los delitos de minería ilegal en los artículos 307°-A (delito de minería ilegal), 307°-B (formas agravadas), 307°-C (delito de financiamiento de la minería ilegal), 307°-D (delito de obstaculización de la fiscalización administrativa), 307°-E (actos preparatorios de minería ilegal) y 307°-F (inhabilitación). Asimismo, modificó el art. 2° CPP que regula el principio de oportunidad, incorporando el numeral 8 que contempla la posibilidad de recurrir a este mecanismo procesal frente a la comisión de los delitos de minería ilegal tipificados.

Como se sabe, el principio de oportunidad consiste en un mecanismo de simplificación del proceso penal, en virtud del cual el MP, como titular de la acción penal pública, tiene la facultad de abstenerse de su ejercicio, bajo determinados requisitos o supuestos previstos en la ley. Esta institución del Derecho procesal penal, se sustentaría en la falta de necesidad de pena en el caso concreto, que justifica que el Fiscal, pese a haber realizado un juicio preliminar sobre el carácter delictivo del hecho y la posible intervención del investigado en el mismo, se abstenga de ejercer la acción penal; en este sentido, hay quien entiende las causales previstas en el art. 2° CPP, como supuestos en que la imposición de la pena resulta innecesaria y, por lo tanto, irracional.

Si bien es cierto, la aplicación del principio de oportunidad conlleva ventajas desde el punto de la economía procesal, dado que permite efectuar una labor de selección y racionalización respecto de las causas que resulta pertinente -y conveniente- llevar a juicio, es importante tener claro que esta atribución del MP no consiste en una

discrecionalidad absoluta, por ende no debe perderse de vista su fundamento (señalado, *grosso modo*, en el párrafo anterior).

El hecho de que se haya incluido a los delitos de minería ilegal dentro de los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, resulta cuanto menos curioso, ya que no se trata de un delito de implicancias menores, sino que sus diversos efectos perniciosos – mencionados anteriormente- revisten gravedad. Así, estamos ante un ilícito cuya alta trascendencia y nocividad ha sido reconocida por el mismo Estado, prueba de ello, que se haya regulado -mediante el D. Leg. N° 1100- la interdicción de esta actividad. Interdicción se refiere a acciones destinadas a suprimir, prohibir o vetar de manera inmediata la actividad minera ilegal, que incluyen el decomiso de los bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos, así como la destrucción o demolición de aquellos que por cuyas características o situación, no resulte viable su decomiso.

Del camino trazado, resulta la interrogante que pretende servir de hipótesis de la presente investigación: ¿se ajusta el delito de minería ilegal a la institución procesal del principio de oportunidad? Para dar respuesta a dicha problemática, se pretende hacer un análisis del sentido (teleológico) del principio de oportunidad, que implicará efectuar un estudio de este instituto jurídico procesal que permita conocer su origen, fundamentos y regulación, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el Derecho comparado pertinente.

Acto seguido, se procederá a analizar el tipo penal de minería ilegal, efectuando un recorrido previo por el insoslayable elemento fáctico e histórico de la realidad de la minería en Perú. Asimismo, se considera importante en este punto agregar elementos extrajurídicos que permitan formar una idea de los efectos negativos de la actividad minera ilegal y su gravedad.

Finalmente, con ambos ejes de la hipótesis desarrollados, corresponderá efectuar un análisis de adecuación de los mismos, es decir, si resulta apropiado o congruente que frente a la comisión del delito de minería ilegal, resulte de aplicación el principio de oportunidad, como facultad de abstención del ejercicio de la acción penal por parte del MP.

Deseo expresar mi agradecimiento a las personas que, a mi lado o habiéndolo estado, han contribuido a la elaboración de esta investigación. En primer lugar, a mi familia, y especialmente a mi madre, cuyo eterno sacrificio por sacarme adelante jamás lograré retribuir como se merece. Y es que ha sido el mayor ejemplo de que una relación basada en el amor trasciende a la justicia, por lo cual mi gratitud hacia ella es infinita y siempre será el motivo principal de mis ganas de superación.

Agradezco también a mi familia elegida, entre ellos Víctor y Johanna, extraordinarias personas que me han acogido como a un hijo más, y cuyo apoyo incondicional me ha brindado la paz necesaria para poder alcanzar esta meta de mi vida profesional. No puedo dejar de mencionar a Silvia, más que jefa una gran amiga mía, quien -sin tener obligación alguna- me brindó siempre todas las facilidades para que el trabajo no obstaculizara mi desarrollo académico, siendo para mí un modelo de calidad humana y profesional a seguir.

Por último, pero no menos importante, mi especial y sentido agradecimiento al profesor Dr. Percy García Caveró quien haciendo muestra de enorme sencillez tuvo la amabilidad de brindarme su asesoría. Su vasta experiencia me generó confianza y sus enseñanzas fueron siempre luz en la penumbra; ambos han sido fundamentales para llevar a buen puerto este trabajo. Por ello, y por cada palabra de ánimo que nunca olvidaré, cuenta con mi eterna gratitud.

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Desde su incorporación al ordenamiento jurídico penal peruano con el CPP de 1991¹, la figura del principio de oportunidad ha causado polémica entre los estudiosos de esta rama del Derecho. Esta herramienta que *a priori* podemos señalar está orientada a la racionalización de la carga procesal y constituye una atribución del titular de la acción punitiva pública del Estado, ha recibido opiniones tanto favorables como en contra por parte de los operadores jurídicos y doctrinarios; asimismo, su tratamiento legislativo tampoco se ha visto exento de críticas.

Para una cabal comprensión de la controversia -además de resultar fundamental para responder a la hipótesis de esta investigación-, se ha planteado indagar y reflexionar sobre las razones que sustentan la existencia del principio de oportunidad. De este modo, lo que en este capítulo se pretende es profundizar acerca del origen y los fundamentos de este instituto jurídico procesal, así como efectuar un análisis referido a sus especiales características, que lo han llevado a ser replicado -con ciertos matices- por distintos ordenamientos procesales del mundo, algunos sobre los cuales se hará referencia en cuanto resulte oportuno y conveniente para los fines propuestos.

¹ Vid. *infra*. 1.3.1.

1.1. Cuestiones conceptuales

1.1.1. Definición

Resulta usual que se defina al principio de oportunidad tomando como punto de partida el concepto de principio de legalidad procesal, debido a la relación de contraste que un sector doctrinario encuentra entre ambas figuras². Esto es así porque poseen características aparentemente contrapuestas. Por un lado, el principio de legalidad procesal penal (o principio de necesidad, como es llamado también por la doctrina española) es aquel que obliga al Estado a perseguir y sancionar los hechos punibles de los que tiene conocimiento, sin que el procedimiento pueda estar sujeto a la discrecionalidad de las partes³, y se expresa tanto en la inevitabilidad de promover la acción penal frente a delitos públicos, como en la irrevocabilidad de la misma. Asimismo, nacería de la teoría absoluta de la pena vinculada a la retribución, según la cual el Estado está obligado a sancionar toda contravención de la norma penal, sin excepción⁴. Por su parte, el principio de oportunidad implica abstenerse de la persecución de un hecho que reviste carácter delictivo y, según afirman algunos autores, apuntaría a la idea de la prevención; por tanto la pena tendría una utilidad social en la medida que buscaría disuadir tanto a terceros como al propio delincuente para evitar su reincidencia (teoría relativa de la prevención)⁵.

Es así que, por citar un ejemplo, SÁNCHEZ VELARDE define al principio de oportunidad como una “excepción al principio de legalidad, debido a la imposibilidad material del Estado de perseguir y castigar todas las infracciones que se cometen”⁶. Dicha opinión no es aislada, sino que desde hace ya algún tiempo en el

² Vid. ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Mecanismos de simplificación*, p. 15; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 60; BÍNDER, *El Principio de Oportunidad*, pp. 15-16; REYNA ALFARO, *Manual de Derecho Procesal*, p. 202; HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 38.

³ Cfr. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 36-39.

⁴ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, pp. 59 y 260; CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, pp. 21 y 22.

⁵ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 261; CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, pp. 21 y 22.

⁶ SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, p. 113.

Derecho comparado existe un debate sobre la vigencia del principio de legalidad procesal o acerca de la necesidad de introducir mecanismos de discrecionalidad o selectividad que flexibilicen la legalidad rigurosa e irrestricta, que en ocasiones puede llevar a situaciones injustas o poco convenientes⁷.

En los ordenamientos jurídicos de tradición europeo-continental (como es el caso de los países latinoamericanos) el término “oportunidad” hace referencia a aquella discrecionalidad y, desde una perspectiva general, MAIER⁸ lo define como:

(...) la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescinden de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, incluso, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

La profesora HERRERA GUERRERO⁹ afirma que la expresión “principio de oportunidad” tendría dos posibles acepciones. En un sentido amplio, designa a todo el conjunto de excepciones a la obligatoriedad de la persecución penal, concepto que por su vastedad podría también definir a la justicia penal negociada en sentido amplio, puesto que ésta comprende a distintos supuestos¹⁰ que comparten la característica del otorgamiento de facultades discrecionales o regladas al órgano encargado de la acusación, para abstenerse de ejercer la acción penal, archivar la causa o llegar a una negociación con el acusado.

En un sentido estricto, la autora lo define como “la institución que consiste en el otorgamiento de facultades al Fiscal para archivar el proceso cuando no se afecte intensamente el interés público”¹¹. Esta acepción hace referencia al llamado principio de

⁷ Vid. DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, p. 185.

⁸ MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 836.

⁹ Cfr. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 62.

¹⁰ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 57-60, quien menciona entre los supuestos a la mediación penal, el principio de oportunidad estricto, la conformidad y demás instituciones que implican una negociación entre la acusación y la defensa.

¹¹ HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 62-63.

oportunidad “reglado”¹², el cual constituye el objeto del presente estudio. Este instituto constituiría una auténtica alternativa al proceso en tanto mecanismo para obtener condenas sin necesidad de llevarse a cabo el mismo¹³.

En similares términos define al “principio de oportunidad” el profesor CAFFERATA NORES¹⁴, quien lo concibe como:

(...) la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”

ANGULO ARANA aclara que, a pesar de su denominación, la figura del principio de oportunidad reglado no se trata de un principio del Derecho, sino que hace referencia a un instituto de Derecho procesal penal que consiste en una “posibilidad excepcional de que ante la presencia de un delito y la identificación de su autor, no se ejercite la acción penal en contra del mismo, siempre que concurren determinados requisitos y condiciones”¹⁵.

1.1.2. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, *prima facie* observamos que el principio de oportunidad es un acto jurídico procesal que contiene una declaración de voluntad que pone fin a la persecución penal de algunos ilícitos, bajo las condiciones que la norma taxativamente señala.

Para empezar, habremos de referirnos al tenor del art. 2° CPP, del cual puede colegirse que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en dos momentos¹⁶: i) sin intervención

¹² Vid. *infra*. 1.2.2.

¹³ Cfr. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 59-63.

¹⁴ CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 32.

¹⁵ ANGULO ARANA, *El nuevo reglamento* [en línea], p. 1.

¹⁶ Vid. DUEÑAS CANCHES/ROSALES OCHOA, *Actualidad Jurídica* 137 (abril de 2005), p. 137.

judicial, en la etapa de investigación preparatoria conducida por el Fiscal (art. 2º, inc. 1 CPP), o ii) con intervención del Juez de Investigación Preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal común, antes de formularse acusación (conforme al art. 2º, inc. 7 CPP); este instituto impide, en ambos casos, que se llegue a la fase de juzgamiento.

En el primer supuesto, el Fiscal está facultado potestativamente a incoar el principio de oportunidad en virtud de lo dispuesto por el art. 2º, inc. 1 CPP, que señala a la letra: “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, *podrá abstenerse* de ejercitar la acción penal (...)”. Al representante del MP se le ha atribuido una facultad discrecional restringida (pues se han de cumplir ciertas condiciones estatuidas en la misma norma) para decidir si ejerce o no la acción penal, cuya titularidad le corresponde en monopolio; por su parte, el imputado puede solicitar al Fiscal el ejercicio de dicha facultad.

De otro lado, el inc. 7 del art. 2º de la norma penal adjetiva determina que: “Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de Investigación Preparatoria, previa audiencia, *podrá* a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento (...) hasta antes de formularse la acusación (...)”. En este caso, cuando la acción penal ya ha sido promovida, creemos que la decisión de emplear un criterio de oportunidad no se encuentra ya en manos del Fiscal sino del Juez de Investigación Preparatoria, a quien expresamente la norma atribuye dicha potestad, dejando al primero únicamente la posibilidad de peticionar.

En nuestra opinión, es en el primer escenario donde, en rigor, se aprecia el principio de oportunidad reglado como manifestación de una facultad discrecional limitada reconocida al titular de la acción penal, quien dentro de determinados parámetros puede decidir abstenerse de promover la persecución de un ilícito por motivos de oportunidad (utilidad social o razones político-criminales).

La profesora HERRERA GUERRERO, en su obra sobre la justicia penal negociada, alude –si bien, comprensiblemente, casi de soslayo- al principio de oportunidad como una alternativa al proceso, en tanto “se prescinde por completo del ejercicio de la acción penal, se sobresee la causa en la fase preliminar”¹⁷. Podemos darnos cuenta que la autora hace referencia puntualmente al primer supuesto de aplicación de la oportunidad, aquel sin intervención judicial.

Suscribimos esta idea del principio de oportunidad como forma de solución alternativa al proceso y pretendemos desarrollarla, partiendo del concepto de “proceso”, entendido éste como el cauce necesario para la actuación de la función jurisdiccional, y el ejercicio del derecho de acción¹⁸.

Si bien según el esquema del proceso penal común del vigente modelo procesal penal peruano, la investigación preparatoria constituye una de las etapas que lo conforma (junto con la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento), creemos que el “proceso” propiamente dicho, por definición conlleva necesariamente el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 138° y 139.1° de la Carta Magna peruana corresponde en exclusividad al Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos.

Esta función jurisdiccional consiste, según CORDÓN MORENO¹⁹, en “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, siendo sus tres contenidos esenciales²⁰: i) el enjuiciamiento previo (entendido como el aspecto interno de la actividad del Juez, que se exterioriza en la declaración), ii) la declaración del derecho en el caso concreto, y iii) la actividad de ejecución.

Siguiendo esta interpretación, una etapa tan incipiente como la investigación preparatoria -que es además una fase no jurisdiccional al ser dirigida por el Fiscal (art. 322.1° CPP)-, bien

¹⁷ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 63.

¹⁸ Cfr. CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho procesal*, p. 127.

¹⁹ Cfr. CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho procesal*, pp. 45-47.

²⁰ Añade a estos contenidos la iv) función de aseguramiento, y v) la de ordenación, CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho procesal*, pp. 45-47.

podría considerarse como una etapa previa al proceso propiamente dicho; más aún si antes de la formulación de acusación no existe elementos de convicción suficientes para acreditar la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión²¹.

Similar concepción es la de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO²², quien -con respecto a la aplicación de la conformidad española y la fase procesal en que se ha de producir- enuncia que “hasta la calificación provisional no existe verdadera relación jurídico-procesal ni, por tanto, auténtico acusado”, concluyendo que dicha relación surgiría recién a partir de la conclusión del sumario.

Concluimos, por lo expuesto, que la aplicación del principio de oportunidad se da en un momento preprocesal (en ambos supuestos de aplicación, se da antes de la formulación de acusación), por ende sí cabe ser catalogado como un medio alternativo de solución fuera del proceso en el ámbito penal.

Asumida esta postura, se antoja interesante realizar una breve comparación del principio de oportunidad con algunos mecanismos alternativos de solución de conflictos de otros ámbitos del Derecho, tales como son la transacción, la conciliación y el allanamiento, con miras a averiguar si podrían sus características particulares identificarse con las de alguno de ellos, o si por el contrario, se trata de un instituto jurídico totalmente diferente.

1.1.2.1. Oportunidad y transacción

Dadas sus peculiaridades, el principio de oportunidad podría asemejarse al instituto procesal civil de la transacción que, en palabras de DEVIS ECHANDÍA, es “un contrato por el cual las partes convienen en resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, antes o después de iniciado el

²¹ Recordemos que el Fiscal dispone la formalización y continuación de investigación preparatoria cuando ha hallado indicios reveladores de la existencia de un delito (art. 336.1° CPP), lo cual no significa necesariamente que haya alcanzado una concluyente convicción acerca de la perpetración del ilícito y la participación del imputado en el mismo.

²² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudio acerca del allanamiento*, pp. 11-12.

proceso civil”²³. La transacción resuelve el conflicto mediante el otorgamiento de concesiones recíprocas efectuadas por las partes del litigio (si bien puede darse fuera del proceso: transacción extrajudicial).

Viene al caso mencionar que un sector doctrinal ha fundamentado la naturaleza jurídica de la terminación anticipada como una transacción penal, postura que ha sido criticada por HERRERA GUERRERO²⁴ debido a que, si bien en ambas figuras se dan concesiones recíprocas (el Fiscal ofrece una pena benigna a cambio de que el imputado se someta al procedimiento), la transacción es un acto material –no procesal- de disposición, mientras que en la terminación anticipada las partes no tienen, en principio, facultades para disponer del *ius puniendi*. No obstante lo dicho, aclara la autora que es precisamente lo característico de las instituciones de la justicia penal negociada (y creemos, también se refiere a otros mecanismos de simplificación procesal, como el principio de oportunidad reglado) el permitir que la ley otorgue a las partes (Fiscal e imputado) facultades limitadas de disposición sobre el *ius puniendi*.

Nos parece pertinente extrapolar dicha conclusión de la autora, pues en el puntual caso del principio de oportunidad, sostenemos que en efecto estamos frente a un otorgamiento de la facultad de disposición –aunque limitada- sobre el *ius puniendi*, efectuado por la ley; sin embargo, conforme al análisis que hemos realizado sobre el tenor literal del art. 2° inc. 1 CPP, pensamos que la concede no a las partes procesales, sino únicamente uno de los intervinientes: el representante del MP.

Concordamos en este sentido con HERRERA GUERRERO, para quien el principio de oportunidad “parte de un punto de vista subjetivo, es decir, se articula a partir del otorgamiento de facultades discrecionales más o menos limitadas al Fiscal

²³ DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del proceso civil*, pp. 621-622.

²⁴ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 157-163.

como titular del ejercicio de la acción penal”²⁵. De ahí que afirmemos que la aplicación del principio de oportunidad no supone una especie de transacción penal, donde se efectúan concesiones recíprocas entre el representante del MP y el imputado; creemos más bien que existe una potestad unilateral del Fiscal para emplear dicho mecanismo, el cual si bien es cierto puede darse a petición del investigado, no depende de la voluntad de éste, aun cuando para su aplicación siempre será requerido su consentimiento.

1.1.2.2. Oportunidad y conciliación

Otra figura procesal con la que podemos hallar similitudes es la conciliación. La conciliación extrajudicial, también llamada previa o preprocesal “es el sistema o método tendiente a lograr, con intervención de un tercero llamado conciliador, la avenencia entre las partes para así eliminar el conflicto de intereses existente entre aquellas, aconteciendo en momento anterior al inicio del proceso”²⁶.

Podemos traer a colación el caso del sistema jurídico colombiano en cuyo procedimiento penal, según analiza MARTÍNEZ RAVE, se contempla la conciliación para los delitos querellables (aquellos que admiten desistimiento) y los delitos que admiten la indemnización integral (son aquellos oficiosos que admiten el pago de una indemnización para poner fin a las consecuencias civiles y penales que surgen del delito). Explica el autor que cuando el trámite se encuentra a nivel de investigación previa o instrucción, el funcionario penal habilitado para actuar como conciliador es el Fiscal; si se encontrara en etapa de juzgamiento, el trámite conciliatorio se lleva ante el Juez competente²⁷.

²⁵ HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 64.

²⁶ DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del proceso civil*, pp. 587-594.

²⁷ También señala MARTÍNEZ RAVE, *La conciliación*, pp. 37-87, que es autorizada -con ciertos controles- la conciliación ante centros de conciliación y jueces de paz. Asimismo, la conciliación penal puede darse en cualquier etapa e instancia del proceso.

Si bien parece una figura muy afín al principio de oportunidad, existe una diferencia importante con la conciliación, que se aprecia en cuanto a sus efectos. Por un lado, producto de la conciliación se firma un acta, la cual constituye un título de ejecución; es decir, los derechos, deberes u obligaciones que consten en dicho documento son exigibles y se pueden ejecutar vía proceso de ejecución. Por su parte, lo que acarrea la aplicación del principio de oportunidad es una disposición fiscal de abstención del ejercicio de la acción penal que impide que los hechos sean investigados nuevamente, cuyos efectos se suspenden hasta el pago íntegro de la reparación civil (si la hubiera); de no producirse el pago, el Fiscal procede a promover la persecución penal sin posibilidad de impugnación.

1.1.2.3. Oportunidad y allanamiento

Estimamos que la aproximación de la oportunidad se daría con la figura del allanamiento y no con la del “reconocimiento”, que con mayor amplitud implica que el sujeto acepta no solamente la pretensión, sino también la autenticidad de los hechos y fundamentos jurídicos en los que se sustenta²⁸. La razón de esto radica en que el principio de oportunidad, como mecanismo de simplificación procesal que es, renuncia a la búsqueda de la verdad material (prueba plena de la comisión del ilícito y autoría), bastando al Fiscal para su aplicación una verdad formal (probabilidad de que el imputado haya cometido el ilícito). Por lo tanto, de ninguna manera puede deducirse que cuando el imputado se somete al principio de oportunidad está aceptando los hechos y los fundamentos jurídicos que se le imputan.

Entendido lo anterior, el instituto del allanamiento propio del proceso civil es un acto procesal de disposición²⁹

²⁸ DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del proceso civil*, p. 615.

²⁹ En opinión de CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho procesal*, pp. 156-157, el allanamiento constituye un acto de causación, entendido como aquel que “determina la resolución judicial, por lo que cabe decir que los efectos vienen producidos directamente de él”.

que es definido como “un acto procesal del demandado por el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la misma, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará”³⁰. La similitud con el allanamiento radica en que cuando se somete al principio de oportunidad, el imputado expresa una voluntad de no oposición a lo que en su contra se denuncia (cuando se aplica en la etapa de investigación preparatoria, conducida por el Fiscal) o de abandonar la oposición ya interpuesta (en etapa intermedia); en otras palabras, renuncia a su derecho de contradicción.

No obstante, también existen diferencias a resaltar. En primer lugar, producido el allanamiento el Juez procede a la inmediata expedición de la sentencia, pues no está eximido de hacerlo aunque la parte se haya allanado a la pretensión. Por su lado, el principio de oportunidad no acarrea la emisión de una sentencia judicial (absolutoria), sino la no promoción de la acción penal cuando se aplica sin intervención judicial (que incluso podría ser promovida en caso de incumplimiento de la reparación civil que se hubiera ordenado pagar); o el dictado de un auto de sobreseimiento en la etapa intermedia. Asimismo, el allanamiento es un acto de disposición de carácter unilateral, que se perfecciona sin necesidad del consentimiento de la otra parte³¹. De acuerdo con lo analizado previamente, el imputado puede invocar el principio de oportunidad a manera de un allanamiento, pero su sola voluntad no lo perfecciona; será el Fiscal, titular de la facultad, quien tras analizar el cumplimiento de alguno de los supuestos previstos en el art. 2° CPP, dispondrá la procedencia de su aplicación.

³⁰ DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del proceso civil*, p. 603.

³¹ DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del proceso civil*, p. 613.

1.2.2.4. Toma de posición

En primer lugar, debemos señalar que el principio de oportunidad es un mecanismo de simplificación procesal contemplado en la legislación peruana a raíz del movimiento reformista procesal penal en América Latina³². Sobre esta ola de reformas, autores como MAIER afirman que en los ordenamientos latinoamericanos se está produciendo la introducción de figuras que permiten que la pena privativa de libertad se convierta en algo parcial o totalmente disponible para las partes³³.

De la misma manera HERRERA GUERRERO³⁴ afirma que las “diversas instituciones (de la justicia penal negociada) descriminalizan ciertas conductas o neutraliza las consecuencias jurídico penales previstas para aquellas”, lo cual implica una atenuación del carácter público de la intervención penal al entrar a tallar en ésta instituciones propias del proceso civil, tales como el principio dispositivo, la aportación de parte, y el principio de oportunidad³⁵.

Así, podemos decir que mediante la utilización del principio de oportunidad se da una disposición parcial del objeto del proceso³⁶, condicionado a que existan elementos de convicción o indicios que hagan muy probable la existencia del hecho delictivo y que éste haya sido cometido por el imputado (verdad formal), renunciando con ello a la averiguación de la verdad material³⁷.

³² Vid. *infra*. 1.2.1.2.

³³ MAIER, Julio B. J. “Estado democrático de Derecho, Derecho Penal y procedimiento penal” en: *Antología: el proceso penal contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 2394 y ss., cit. por: HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 30.

³⁴ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 49-50.

³⁵ No obstante, HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 64, concluye que “principio de oportunidad” y “justicia penal negociada” no son términos que se identifiquen plenamente, ya que aquel se articula como una facultad discrecional otorgada al Fiscal, mientras que el segundo concepto se construye sobre la interacción entre las partes acusadora y acusada, lo cual excede lo primero.

³⁶ Sobre el tema del objeto del proceso penal, Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 108-113.

³⁷ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 159-161.

Como se ha podido observar, las particulares características del principio de oportunidad lo asemejan a muchas instituciones que, si bien no son propias del Derecho penal, comparten algunas peculiaridades en tanto mecanismos alternativos de solución distintos al proceso; sin embargo, no llega a identificarse plenamente con alguna de ellas.

Concluimos, por lo tanto, que nos encontramos frente a una figura de naturaleza compleja; un acto procesal penal *sui generis* que excluye el proceso, cuyo ejercicio es atribuido por la norma al representante del MP. Mediante su aplicación, el Fiscal opta por una solución en etapa previa al proceso basada en la equidad y verdad formal, descartando la promoción de la represión penal de la conducta y la consiguiente tramitación del proceso ante el Juez.

Cabe reiterar que cuando la acción penal ya hubiera sido promovida la ley atribuye al Juez de Investigación Preparatoria la facultad de aplicar el principio de oportunidad -antes de formularse acusación-, a petición del Fiscal y previa audiencia.

Por último, si bien hemos concebido al principio de oportunidad como un acto jurídico “procesal” que flexibiliza la intervención penal, creemos necesario resaltar que lo hace bajo criterios puramente materiales, como son la necesidad y merecimiento de pena³⁸.

1.1.3. Características

Las que se analizarán a continuación son las características del principio de oportunidad “reglado”, modelo acogido por los países de la tradición jurídica continental y, por ende, parte central de esta investigación elaborada en torno al caso peruano.

En primer lugar, resulta importante conocer que se está ante una *facultad del Fiscal*: es decir, la posibilidad de aplicar criterios

³⁸ Vid. *infra*. 1. 2.3.2.2.

de oportunidad es una facultad otorgada única y exclusivamente al Fiscal, conforme se puede entender del texto del art.2º, inc. 1 CPP. Esto resulta lógico al ser el MP el encargado de la promoción de la persecución penal de acuerdo a lo establecido por el inc. 5, art. 159º Const.; por tanto, quién mejor que el guardián de la legalidad y quien lleva a cabo la investigación preparatoria, para poder discernir las situaciones que ameritan o no llegar a un proceso penal formal³⁹.

Las siguientes características son las que ANGULO ARANA⁴⁰ ha identificado en su concreto estudio sobre el principio de oportunidad peruano.

Considera el autor que una importante característica sería la *taxatividad*: esta hace referencia a que los fiscales no podrán aplicar arbitrariamente o a su antojo la oportunidad, sino que lo harán sólo ante casos concretos donde se presenten las condiciones o supuestos indicados en la norma. El fiscal no puede inventar criterios de oportunidad por sí mismo.

En otro punto, indica que la adopción de criterios de oportunidad de ninguna manera revoca la existencia del principio de legalidad y sus distintas manifestaciones, que constituye en el ordenamiento peruano la regla. Así, el principio de oportunidad tiene un carácter de *excepcionalidad*, que restringe su aplicación únicamente en los casos en que la ley faculta.

Como efecto de la aplicación de un criterio de oportunidad, se emite una disposición final equivalente a *cosa decidida*⁴¹; esto implica que cualquier otro fiscal quedará impedido de promover u ordenar se promueva acción penal por una denuncia que contenga

³⁹ Cfr. ROSAS YATACO, *Manual de Derecho Procesal*, pp. 239-240; ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, pp. 65-66.

⁴⁰ Cfr. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, pp. 75-81.

⁴¹ En sentencia recaída en Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, el TC peruano ha señalado que “(...) las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello, este Colegiado les ha reconocido el *status* de inamovable o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal (...)”.

los mismos hechos, siempre que se haya cumplido con la reparación a la que se obligó el imputado.

Por otro lado, en la aplicación de los criterios de oportunidad, la orientación no se halla en la búsqueda de la verdad material o histórica, que ha de quedar plasmada en la verdad procesal o legal como en un proceso penal ordinario; aquí más bien estamos ante un mecanismo alternativo de solución el cual se busca mediante la equidad. Esta *solución de equidad* conlleva por ende a que no se busque investigar los detalles del ilícito cometido, sino que basta con una gran probabilidad de la autoría del hecho por parte del imputado (esto es, la verdad formal⁴² a la que hicimos alusión anteriormente), el daño infligido al agraviado, y de las posibilidades reales de privilegiar la composición del conflicto mediante un acto de reparación.

Por último, el instituto del principio de oportunidad está pensado para *evitar el proceso judicial*, pues procura dar una solución al conflicto en sede fiscal obedeciendo a razones de utilidad.

1.2. Origen y fundamento

Autores como OREJARENA PARRA sostienen que el nacimiento del principio de oportunidad se encuentra aparejado a un sistema penal de corte acusatorio⁴³. La profesora HERRERA GUERRERO⁴⁴, pese a que centra especialmente su estudio en determinadas figuras de la justicia penal negociada en sentido estricto (la terminación anticipada del proceso y la conclusión anticipada del juicio), al indagar sobre el origen de estas figuras hace también referencia a mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad reglado, en tanto estas figuras compartirían una lógica común y se ubican históricamente dentro del contexto de la reforma procesal penal.

⁴² En contra de las concepciones que asumen como verdad aquello que el Juez declara como tal al interior del proceso, con independencia de lo que ocurra en la realidad, se muestra SALINAS SICCHA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (julio de 2014), pp. 251-254, para quien esto no tendría cabida en un Estado democrático de Derecho.

⁴³ Vid. OREJARENA PARRA, *Revista Justicia Juris* 8 (octubre de 2007 – marzo de 2009) [en línea], p. 26.

⁴⁴ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 67-69.

Por ello, un sucinto estudio de los modelos o sistemas procesales penales que existen (o que han existido en determinado lugar y tiempo) resulta pertinente, en tanto permitirá una aproximación histórica al contexto de la aparición del principio de oportunidad. Asimismo, el contexto del movimiento reformista de los sistemas procesales penales que se ha venido gestando en los países de la región resulta interesante y permitirá dilucidar algunos motivos por los cuales los ordenamientos jurídicos latinoamericanos de tradición europea continental han decidido cambiar de paradigma.

1.2.1. Cuestiones preliminares: sistemas procesales y reformas en Latinoamérica

1.2.1.1. Modelos o sistemas del proceso penal

Históricamente son tres los modelos procesales penales que se han instaurado en los ordenamientos jurídicos de las sociedades industrializadas, los cuales de acuerdo con una clasificación tradicional son: el modelo acusatorio, el sistema inquisitivo, y -producto de la integración de estos- el sistema mixto⁴⁵.

Se dice que se está frente a un modelo u otro dependiendo de la manera en que las funciones propias del proceso sean distribuidas, siendo éstas: i) la obtención de la evidencia y presentación en juicio, ii) la acusación, y iii) el juzgamiento e individualización de la pena⁴⁶.

El primer modelo en hacer su aparición, históricamente hablando, habría sido el sistema acusatorio puro⁴⁷ cuya prevalencia duró hasta el siglo XIII. Este sistema era el común de los pueblos antiguos como Grecia, Roma y el

⁴⁵ ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho*, p. 230.

⁴⁶ Cfr. FLETCHER/SHEPPARD, *American Law in a global context: the basics* [en línea], pp. 531-532.

⁴⁷ Existe en la doctrina una discusión principalmente terminológica entre “proceso penal acusatorio” y/o “proceso penal adversarial”, cuestión que excede los objetivos de la presente investigación. Sobre el particular: Vid. REYNA ALFARO en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), pp. 20-23; JIMENO BULNES en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), pp. 55-69.

Derecho germánico, en cuya organización el delito y la pena eran considerados, por regla general, algo privado⁴⁸ por lo que se llevaba al imputado a la asamblea del pueblo y el propio agraviado lo acusaba (rol que actualmente desempeña el Fiscal); luego los miembros de la comunidad decidían la suerte del acusado a modo de jurado tras escuchar a ambas partes⁴⁹. Resulta entonces característico de este sistema que los roles se encuentran marcadamente distribuidos: por un lado el Fiscal formula los cargos contra el imputado; el acusado se defiende con el asesoramiento de su abogado; y el Juez se encuentra a cargo de decidir la responsabilidad o inocencia del acusado, así como de la determinación de la pena a aplicar⁵⁰.

En segundo lugar, se tiene al modelo inquisitivo cuyo nacimiento data de finales de los años 1100 en el contexto de los regímenes monárquicos donde aparecen funcionarios oficiales encargados de ejercer la acción penal a nombre del emperador. Este modelo se perfeccionó en el proceso canónico inquisitorial del Medioevo y la Modernidad, del cual se recoge e implanta en el proceso penal secular y pasó a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII y XVIII⁵¹. En este sistema se parte de la premisa de que es el poder público el principal afectado por el delito, y como tal se hace responsable por la investigación, persecución y sanción del imputado. De esta manera, el proceso no es trilateral (acusador-Juez-acusado), sino que se compone únicamente de dos partes (Juez-imputado), y existe además una palpable preeminencia del Juez puesto que todas las funciones mencionadas *ut supra* se hallaban aglutinadas o reunidas en su persona: se hacía cargo de la investigación del presunto delito y a su vez conservaba la facultad de decidir sobre el posterior castigo a imponerse. El modelo inquisitivo

⁴⁸ Vid. ROSAS YATACO, *Tratado de Derecho procesal*, p. 113.

⁴⁹ Vid. CUBAS VILLANUEVA, *El Nuevo Proceso Penal*, p. 24; ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho*, p. 230.

⁵⁰ Cfr. REYNA ALFARO, *Manual de Derecho Procesal*, p. 48.

⁵¹ Vid. JIMENO BULNES en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), p. 48; AMBOS, *Fundamentos y ensayos críticos*, pp. 162-164; ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho*, p. 230.

se desarrolló así como una investigación formal y burocrática cuyas principales características consistían en ser un procedimiento escrito, regido por el secretismo en su tramitación y con presencia del sistema de la prueba legal, el cual obligaba a realizar un interrogatorio al acusado, y podía emplearse incluso la tortura de ser necesario⁵².

Con la llegada de la Revolución Francesa en el siglo XVIII, el pensamiento renovador de los libertarios generó una conciencia crítica respecto de diversos aspectos de la vida en la sociedad feudal. En el campo jurídico criminal, la Ilustración y el pensamiento progresista sobre la importancia de la dignidad del ser humano formularon nuevos postulados para el enjuiciamiento penal. Se humanizó con ello el proceso y se hizo más racional, configurándose así un proceso penal en observancia de principios como el de publicidad, oralidad, libertad en la defensa y el juzgamiento por jurados. Este sistema denominado “mixto” –ya que incorporó elementos de distintas tradiciones (Derecho romano e inglés)- dio lugar al nuevo sistema inquisitivo reformado y se extendió a casi todos los países de tradición continental, en un intento por combinar las ventajas de los tradicionales sistemas acusatorio e inquisitivo⁵³. Recoge del modelo inquisitivo la exclusividad de la persecución del delito por parte del Estado (persecución penal pública), es decir, monopoliza el ejercicio de la acción penal y lo legitima a perseguir a los individuos que delinquen; no obstante, también se busca garantizar los derechos de los que goza el imputado⁵⁴.

Otra característica del sistema mixto es que consta de dos etapas con jueces distintos: una etapa de instrucción (investigación de tipo inquisitivo a cargo de un Juez instructor, donde prima el secreto y la forma escrita), y otra de juicio plenario (de tipo acusatorio, caracterizado por la

⁵² Cfr. JIMENO BULNES en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), pp. 48-50.

⁵³ Vid. ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho*, p. 230; CUBAS VILLANUEVA, *El Nuevo Proceso Penal*, pp. 28-33.

⁵⁴ Cfr. CUBAS VILLANUEVA, *El Nuevo Proceso Penal*, p. 29.

oralidad y publicidad, a cargo de un Juez unipersonal o colegiado dependiendo de la gravedad del delito)⁵⁵.

Hoy en día puede afirmarse que son escasos los ordenamientos jurídicos que acogen un modelo puro en sus procesos penales, ya que la mayoría han optado por tener un modelo semi-acusatorio o semi-inquisitivo, con diferente graduación. Tal es el caso peruano, que hasta el antiguo código de 1940 implantó, como lo describe ROSAS YATACO, un sistema procesal “mixto tendencialmente inquisitivo y limitadamente contradictorio”⁵⁶. Este modelo se sustituyó a partir de los fallidos intentos del CPP de 1991 y el Proyecto de 1995, y finalmente quedaría plasmado en el CPP de 2004, el cual según diversos autores⁵⁷ sería un modelo acusatorio moderno con ciertos rasgos adversariales (v.g. principio de igualdad de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad). Es por ello que HERRERA GUERRERO afirma que el CPP peruano actual “contiene tanto elementos de la tradición europea-continental en la que ha nacido y se ha desarrollado (...) pero también incorpora elementos ajenos a esta tradición y propios del *adversary system*”⁵⁸.

CUBAS VILLANUEVA señala que a esta tendencia actual por recoger aspectos del proceso acusatorio antiguo, se le ha llamado “modelo acusatorio garantista o liberal”, y entre sus notas características están:

(...) replantear de modo protagónico la presencia del fiscal en el proceso, destaca la tarea del juez penal, asignándole exclusivamente la facultad de fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público el que, asistido por la Policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la

⁵⁵ Vid. ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho*, p. 263; CUBAS VILLANUEVA, *El Nuevo Proceso Penal*, p. 29.

⁵⁶ Vid. ROSAS YATACO, *Tratado de Derecho procesal*, p. 123.

⁵⁷ Vid. REYNA ALFARO, *Manual de Derecho Procesal*, pp. 47-53; CUBAS VILLANUEVA, *El Nuevo Proceso Penal*, p. 23; ROSAS YATACO, *Tratado de Derecho procesal*, p. 123; ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA, *Aspectos comunes de la reforma procesal* [en línea], pp. 7-8.

⁵⁸ HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 148.

investigación. El juzgamiento sigue siendo público y oral para salvaguardar los derechos del imputado⁵⁹.

1.2.1.2. Movimiento de reforma del proceso penal en América Latina

El inicio del siglo XXI parece marcar un hito importante en la historia y evolución de los sistemas procesales penales de los países de Latinoamérica. Y es que desde que en 1991 se produjeron ligeros cambios en el sistema federal argentino, se han iniciado reformas del proceso penal -siguiendo un orden cronológico- en Guatemala (1994), Costa Rica y El Salvador (1998), Venezuela (1999), Chile y Paraguay (2000), Bolivia, Ecuador y Nicaragua (2001), Honduras (2002), Perú y República Dominicana (2004), Colombia (2005), Panamá (2008), y esta tendencia reformista no parece concluir⁶⁰.

Las reformas que los países latinoamericanos han ido experimentado en su modelo procesal penal han consistido, principalmente, en el alejamiento de rasgos propios del modelo inquisitivo reformado de raigambre colonial, para acercarse a un modelo acusatorio al que se han incorporado ciertos rasgos de signo adversarial⁶¹: el llamado sistema acusatorio garantista que se ha explicado en el acápite anterior. Así, se ha conseguido algunos efectos prácticos tales como: i) la redistribución de las funciones de investigación, conferidas en el modelo acusatorio al MP, y circunscribir al Juez las funciones de control de legalidad de los actos del acusador y la facultad de juzgar; y, ii) el fortalecimiento de derechos procesales tanto del acusado como de la víctima del delito⁶².

⁵⁹ CUBAS VILLANUEVA, *El Nuevo Proceso Penal*, pp. 31-32.

⁶⁰ Cfr. REYNA ALFARO en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), p. 26.

⁶¹ Cfr. ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA, *Aspectos comunes de la reforma procesal* [en línea], p. 7.

⁶² Cfr. REYNA ALFARO en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), pp. 26-27.

Un motivo importante para este cambio radica en las dificultades y deficiencias que el proceso penal -entendido como un mecanismo para hacer realidad el Derecho penal sustantivo (carácter instrumental)⁶³-, ha evidenciado para la consecución de sus fines; esto debido en gran medida a que el Derecho penal material, en su evolución, ha ampliado de forma vertiginosa su esfera o ámbito de intervención⁶⁴. Hay quienes incluso hablan de un “elefantismo legislativo”⁶⁵ o de una “administrativización” o expansión irrazonable del Derecho penal, que se caracteriza por la “pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones públicas (...) que banaliza el contenido de la legislación penal”⁶⁶.

Los autores ORÉ GUARDIA y RAMOS DÁVILA⁶⁷ afirman que este sobredimensionamiento, que principalmente aqueja a un modelo inquisitivo⁶⁸ dada su mayor represión y grado de intervención, influyó a que el proceso penal reflejara ineficiencia, dilaciones, lesión de derechos dentro del proceso, sobrecarga procesal, entre otros problemas, que devienen en un costo económico importante para el Estado y la sociedad en general. Todo esto, producto de la indiscriminada atribución al Derecho penal de materias que en principio no debería conocer, en desmedro de la debida atención a sus funciones básicas. A lo anterior se suma un contexto de incremento del índice de criminalidad, que

⁶³ Vid. ZEGARRA MULÁNOVICH, *Descubrir el Derecho*, p. 245.

⁶⁴ Vid. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos*, pp. 3-9; HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 27.

⁶⁵ Vid. CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, p. 434.

⁶⁶ Vid. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, p. 12; HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 34.

⁶⁷ Cfr. ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA, en *Actualidad Jurídica* 142 (setiembre de 2005), p. 117.

⁶⁸ Sostiene que el modelo inquisitorial ha demostrado ser “con sus trámites, sus formalismos, su descuido por las personas, su secreto y el desprecio por la actividad de las partes un sistema no sólo arbitrario, sino fundamentalmente ineficiente”, BÍNDER, Alberto. *Reforma del Proceso penal en el Perú*. Trujillo: Ediciones BLG, 2005, p. 52, cit. por: GARCÍA CAVERO en *El Derecho procesal*, CENTURIÓN PORTALES/REYNA ALFARO (Coord.), pp. 23-24.

generó una imposibilidad material de investigar todos los delitos denunciados, y puso en evidencia una incapacidad del sistema penal para enfrentar los problemas producidos por la sobrecarga procesal y la excesiva duración de los procesos penales⁶⁹.

Frente a dichas fallas que se critican al sistema procesal, el modelo acusatorio invertiría al proceso penal de un conjunto de herramientas que contribuyen a hacerlo más ágil, expeditivo, y sujeto a mayores y mejores controles⁷⁰, por ende más idóneas, eficientes y menos costosas para resolver un conflicto penal⁷¹. El movimiento que impulsó la reforma procesal penal en diversos países de este lado del continente, se basó en el CPPMI de 1988, el cual se distingue por incluir mecanismos de simplificación procesal dirigidos a múltiples propósitos, a saber: procurar la disminución de la carga procesal, definir con rapidez la situación jurídica del imputado y obtener una pronta reparación de la víctima⁷².

Tenemos entonces que, aunado al cambio de modelo procesal se ha incorporado también una serie de institutos procesales dirigidos a buscar la solución del conflicto penal sin necesidad de recurrir a juicio, que pretenderían lograr eficacia y rapidez en la obtención de tutela por parte de imputado y víctima, así como legitimar el sistema judicial y reducir la gran congestión de la carga procesal existente⁷³.

Autores como ORÉ GUARDIA y RAMOS DÁVILA señalan que estas figuras e instituciones incorporadas se apartan del modelo europeo continental –que se basa en el principio de

⁶⁹ Cfr. ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA. *Aspectos comunes de la reforma procesal* [en línea], pp. 21-22.

⁷⁰ Cfr. ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA, en *Actualidad Jurídica* 142 (setiembre de 2005), p. 117.

⁷¹ En ese sentido, contrastan ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA, *Aspectos comunes de la reforma procesal* [en línea], pp. 7-8, que “el modelo inquisitivo puede esclarecer la verdad de lo sucedido, puede tener entre sus metas la protección de los derechos del ciudadano o puede incluso satisfacer a la víctima en un caso concreto, pero para estos cometidos utiliza métodos arbitrarios, paternalistas, onerosos e ineficientes”.

⁷² Cfr. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 48.

⁷³ Cfr. REYNA ALFARO en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), p. 27.

legalidad procesal- pues son propias del sistema anglosajón del consenso, el cual se basa en la justicia penal negociada a fin de conseguir eficiencia en el proceso⁷⁴. Estos institutos marcan un acercamiento al *Plea bargaining*, figura propia del modelo penal de Estados Unidos de Norteamérica conocido como *Adversary system*, el cual para TINOCO PASTRANA⁷⁵ constituye una específica modalidad de sistema acusatorio que existe en el *Common Law*⁷⁶.

En el caso peruano, la profesora HERRERA GUERRERO⁷⁷ identifica los fundamentos que tuvo el legislador para elaborar el CPP de 2004⁷⁸ según lo plasmado en su Exposición de Motivos, y que fueron los siguientes:

Desde el punto de vista del derecho comparado, casi todos los países de la región (Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Ecuador) contaban ya con códigos modernos, conforme al modelo que denomina “acusatorio garantista”.

La imperiosa necesidad de adecuar nuestra legislación procesal penal a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La necesidad de acomodar la normativa procesal penal a lo establecido en la Constitución de 1993, en lo que respecta a la titularidad de la acción penal, que corresponde al Fiscal en régimen de monopolio.

La conveniencia de condensar todas las normas en materia procesal penal en un cuerpo único y sistemático, bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal.

⁷⁴ Cfr. ORÉ GUARDIA/RAMOS DÁVILA, *Aspectos comunes de la reforma procesal* [en línea], p. 21.

⁷⁵ Vid. TINOCO PASTRANA, *El sistema judicial penal* [en línea], p. 285.

⁷⁶ Dicha opinión se basa en que comparten algunos rasgos coincidentes; sin embargo HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 143-146, sostiene y fundamenta que no es correcto identificar “sistema adversarial” y “sistema acusatorio”.

⁷⁷ HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 119.

⁷⁸ Promulgado mediante D. Leg. 957 de fecha 28 de julio de 2004.

1.2.2. Origen y modelos de oportunidad

De lo dicho hasta aquí, el origen de los mecanismos de simplificación procesal –y específicamente del principio de oportunidad- parece encontrarse íntimamente ligado al Derecho anglosajón, más específicamente al sistema de enjuiciamiento criminal de Estados Unidos de Norteamérica, de corte adversativo y acusatorio⁷⁹. Así lo afirma también RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA, cuando dice que el principio de oportunidad surge como un "evento propio y natural en el procedimiento anglo-norteamericano donde las partes tienen cierta disposición sobre el proceso"⁸⁰.

Durante el período que comprende fines del siglo XIX e inicios del XX se ha producido un cambio importante en la justicia penal norteamericana, donde se ha dado la transición de un sistema en que el juicio por jurado era la principal forma de resolución de casos penales, a uno en el que hasta la actualidad predomina el *plea bargaining*⁸¹. Este cambio tendría su causa, según RODRÍGUEZ GARCÍA⁸², en lo costosos que eran los juicios, el tiempo que tomaba su desarrollo y la consecuente incertidumbre que generaba en el acusado, lo que hizo que se buscara instrumentos más expeditivos para solucionar estas cuestiones⁸³.

En el actual sistema norteamericano, frente a una acusación formal contenida en *indictment* (acusación sobre delitos graves

⁷⁹ Vid. REYNA ALFARO en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), p. 123; HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 62-64.

⁸⁰ RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA, *vLex Internacional* 4 (enero de 2009) [en línea], párr. 10.

⁸¹ En la experiencia de los países del *Common law* cerca del 90% de los casos penales se resuelven por medio del *plea bargaining*. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, p. 140; ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, p. 61.

⁸² Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, pp. 32-33.

⁸³ Otra tesis tradicional explica que el cambio se debería a que antes que ocurriera no había jueces, abogados y policías profesionales, lo cual ocasionaba que el azar desempeñara un papel determinante al momento de resolver los casos penales y frente a esto el jurado presentaba la ventaja de ser por lo menos "democrático", sin embargo al surgir la "policía científica", ésta mejoró el aparato probatorio y brindó un importante soporte a la labor de los juristas, por lo que se dejó de depender de esos factores aleatorios, Vid. SALINAS MENDOZA, *Terminación Anticipada*, p. 34.

denominados *felonies*) o *information* (acusación sobre delitos menores o de bagatela denominados *misdemeanors*), el acusado es llevado ante el Tribunal para rendir su declaración que puede consistir en declararse *not guilty* (inocente), *guilty* (culpable) o preferir *nolo contendere* (voluntad de guardar silencio)⁸⁴.

Así, en dicho sistema la imposición de una sanción penal para el responsable del ilícito puede ser el resultado de un proceso judicial con intervención de un jurado (*trial*) en el cual el acusado – si no se considera culpable- puede exponer argumentos para desvirtuar la acusación que recae en su contra (*not guilty*); o bien puede suceder que dada la posibilidad que tiene el acusado de declararse culpable (*guilty*) no haya necesidad de pasar por el *iter* procesal que implica la *trial phase*⁸⁵.

La segunda de las posibilidades descritas puede darse de forma: i) voluntaria (ya sea porque la culpabilidad es evidente, el acusado desea acallar su remordimiento o no encuentra ventaja en negar su culpa), ii) estructuralmente inducida (porque la ley establece una pena más severa para quienes insisten en acudir a juicio, o que generalmente el *prosecutor* es más benigno en su acusación con quienes renuncian a ese derecho), o iii) negociada (declaración de culpabilidad a consecuencia de una negociación entre *defendant* y *prosecutor*, bien sea sobre el delito, la pena a imponerse o ambos aspectos). Esta modalidad negociada es la *plea of guilty* que se produce a consecuencia del *plea bargaining*, y que puede consistir en un acuerdo sobre los cargos que serán materia de acusación (*charge bargaining*) o sobre la sentencia que será impuesta (*sentence bargaining*)⁸⁶.

La discrecionalidad de la que se ha hablado al momento de definir la oportunidad es denominada en la tradición angloamericana con el término *discretion*, atribución con la que cuentan los fiscales norteamericanos. El principal mecanismo por medio del cual estos funcionarios la instrumentalizan es el *plea*

⁸⁴ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, pp. 36-37; REYNA ALFARO en *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO (Coord.), pp. 127-128.

⁸⁵ Cfr. SALINAS MENDOZA, *Terminación Anticipada*, p. 32.

⁸⁶ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, pp. 40-43.

bargaining, que DUCE y RIEGO⁸⁷ definen como “la facultad de los fiscales para realizar negociaciones o concesiones con el objetivo de obtener admisión de responsabilidad por parte del imputado”. Aseveran los mencionados autores que, en buena medida, el *plea bargaining* se sustenta en el papel que cumple la confesión en el sistema de justicia criminal de Norteamérica, también conocida como *plea of guilty*.

La definición de *plea bargaining* recogida en el Black’s Law Dictionary⁸⁸, célebre diccionario jurídico para el Derecho de los Estados Unidos lo describe como:

Cualquier acuerdo, en una causa penal, entre el fiscal y el acusado por el cual éste acuerda declararse culpable de un cargo en particular a cambio de alguna concesión del fiscal. Esto puede significar que el acusado se declarará culpable de un cargo menos grave o de uno de varios cargos, a cambio de la exención sobre los demás; o puede significar que el acusado se declarará culpable de la acusación penal original a cambio de una sentencia más benigna o indulgente (traducción literal).

Según SCHÜNEMANN⁸⁹, en este modelo de procedimiento desarrollado en los Estados Unidos se negocia el reconocimiento de la culpabilidad del acusado a manera de “comprar” a través dicho reconocimiento una reducción de la pena que determina la fiscalía con el tribunal. Agrega que actualmente esta práctica se encuentra reconocida legalmente en la mayoría de estados y en los procesos federales, así como su constitucionalidad ha sido confirmada expresamente por la *Supreme Court* en numerosas decisiones (vg. casos *Santobello v. New York* [1971], *Brady v. United States of America* [1970]).

Este fenómeno de la negociación en el ámbito criminal en Estados Unidos es posible debido a la mencionada *discretionary prosecution*, elemento fundamental que caracteriza el sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense y lo diferencia del modelo europeo continental, e incluso de países que tienen tradiciones

⁸⁷ DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, p. 190.

⁸⁸ Cfr. GARNER (Ed.), *Black's law dictionary*, p. 1173.

⁸⁹ Cfr. SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal*, p. 289.

jurídicas similares, como es el caso de Inglaterra⁹⁰. Al respecto, ANGULO ARANA señala que esta institución de uso discrecional atribuida al fiscal norteamericano no está sometida a control alguno⁹¹, siendo un modelo de discrecionalidad absoluta sobre el ejercicio de la acción penal que entrega al organismo encargado de promoverla una plena e irrestricta facultad para decidir si lleva o no adelante la misma. Puede decirse, siguiendo a BOVINO⁹², que en este modelo la oportunidad es la regla, establecida como principio rector de la persecución penal.

Es debido a ese carácter absoluto de la discrecionalidad para acusar que en Estados Unidos ni siquiera se hace referencia al término “principio de oportunidad”, en el sentido que nosotros comprendemos⁹³. MESTRE ORDÓÑEZ, afirma que el término “discrecionalidad para acusar” sería el más apropiado para referirse a esta figura que conocemos como “principio de oportunidad”. Esta última denominación habría surgido en los países del continente europeo con sistema penal mixto de tendencia inquisitiva, que en la práctica judicial se vieron en la necesidad de cuestionar la aplicación rígida del principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, debido al inmenso número de procesos, frente a las limitaciones del aparato judicial⁹⁴. La crisis experimentada en estos países requería, en opinión de algunos legisladores europeos, la

⁹⁰ DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, p. 186.

⁹¹ Cfr. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, p. 61.

⁹² BOVINO, *Revista Ius et veritas* vol. 7, núm. 12 (1996), p. 161.

⁹³ Así, MUÑOZ NEIRA, *Sistema penal acusatorio*, p. 178, explica que “en el léxico legal de Estados Unidos la expresión ‘principio de oportunidad’ es entendida como un principio ético según el cual, en toda competencia, por aquellas posiciones que en la sociedad traen mayores beneficios económicos y sociales, debe existir una igualdad de oportunidad entre los individuos que participan de tal competencia”; en Estados Unidos sería la “discrecionalidad fiscal” el concepto equivalente a lo que como “principio de oportunidad” (debido a herencia europea) en los países latinoamericanos se entiende.

⁹⁴ Cfr. MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. *La discrecionalidad para acusar. La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003, cit. por: ARISTIZABAL GONZÁLES, *Alcance del principio de oportunidad* [en línea], p. 18; Vid. SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal*, p. 291.

adopción del procedimiento penal norteamericano o de al menos partes esenciales de éste⁹⁵.

Diversos autores indican que el primer país donde se acogió el principio de oportunidad “reglado” (término empleado en contraposición a la oportunidad “libre” del modelo norteamericano) fue Alemania, mediante la “Ley Emminger” del 04 de enero de 1924. Así, en los §§ 153 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana (StPO) se regularon los supuestos en que el Fiscal podía prescindir de la persecución penal “en delitos respecto a los que la pena a imponer es insignificante, la culpabilidad es mínima y el interés público apenas se ha visto afectado”⁹⁶. Así tenemos que el apartado 1, § 153 StPO, en traducción elaborada por el Instituto Español de Derecho Comparado (IEDC)⁹⁷, señala a la letra:

§ 153 [No persecución de litigios de mínima cuantía] (1) Si el proceso tiene como objeto un delito, entonces la fiscalía puede prescindir de la persecución con el consentimiento del tribunal competente para la apertura del plenario, si la culpa del autor del delito debiera ser contemplada como de poca consideración, y si no existe ningún interés público en la persecución. No se precisa el consentimiento del tribunal para un delito que no está amenazado con una pena alzada en el mínimo, y en el que las consecuencias ocasionadas por el acto son mínimas (...).

Posteriormente, el instituto fue recogido por otros ordenamientos de la misma tradición jurídica como son Italia, Portugal, por mencionar algunos. En la tradición europeo-continental de estos países se encuentra muy arraigado el principio de legalidad, por lo que la oportunidad es más bien una excepción.

Adquirió la denominación de oportunidad “reglada” porque es una facultad otorgada al Fiscal para disponer del ejercicio de la acción penal pero condicionada a cumplir con los presupuestos

⁹⁵ Una postura crítica frente a la adopción del *plea bargaining* en el procedimiento penal continental europeo, Vid. SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal*, pp. 288-302.

⁹⁶ Cfr. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 63; DUEÑAS CANCHES/ROSALES OCHOA, *Actualidad Jurídica* 137 (abril de 2005), p. 135.

⁹⁷ ORTIZ DE NORIEGA y otros, *Código penal alemán*, p. 289.

previstos en la norma⁹⁸; es decir, las situaciones en que puede aplicar la oportunidad se encuentran taxativamente previstas en un dispositivo legal, limitando de esta forma la discrecionalidad del titular de la acción penal pública. Se supera así el aspecto que tanto se ha criticado al sistema de discrecionalidad absoluta norteamericana puesto que frente a los defectos de aquel⁹⁹, con su selectividad el modelo europeo continental garantiza condiciones de igualdad, transparencia y control¹⁰⁰.

Concluimos por tanto que fue en las legislaciones de estos países de tradición europeo-continental que encontró inspiración y modelo el “principio de oportunidad” que adoptó el CPP peruano de 1991¹⁰¹ y –con algunas modificaciones- mantiene vigencia actualmente.

En suma, el trámite del proceso penal acusatorio comporta funciones claramente definidas, y corresponde al Fiscal tomar la decisión de formular acusación -o no hacerlo- contra el ciudadano sobre el cual ha realizado investigación. Esta facultad de elección puede ser absolutamente discrecional como en el sistema anglosajón puro (*plea bargaining*), o reglada como la del modelo europeo-continental (tradición a la que pertenece el sistema peruano), esto último conocido con el nombre de "principio de oportunidad".

1.2.3. Fundamento

Habiendo indagado en los orígenes del principio de oportunidad reglado, corresponde ahora identificar los fundamentos que determinaron su adopción por la tradición jurídica europeo-continental.

Hay autores que han encontrado su fundamento en su utilidad práctica, partiendo de una óptica meramente procesal. Para este sector pragmático el principio de oportunidad ha surgido producto

⁹⁸ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 60.

⁹⁹ Sobre las críticas efectuadas al sistema de negociación de penas estadounidense, Vid. MUÑOZ NEIRA, *Sistema penal acusatorio*, pp. 237-242.

¹⁰⁰ Vid. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, p. 75.

¹⁰¹ Vid. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, p. 62.

del fracaso de la administración de justicia, la sobrecarga procesal o la congestión penitenciaria y por ende halla sus fundamentos en la búsqueda de celeridad y simplificación procesal. Tal es la línea de pensamiento de autores como BOVINO, quien afirma la existencia de una supuesta crisis del principio de legalidad procesal, debido a que éste carecería de fundamentos teóricos; asimismo, considera que su realización es imposible, tal como puede verse reflejado en la llamada “cifra negra” de la criminalidad¹⁰².

OREJARENA PARRA señala que una de las razones destacables del surgimiento de este instituto es la “problemática del alto índice de delincuencia y la incapacidad del órgano investigativo y por qué no, de la Rama Judicial en general, para investigar y juzgar la totalidad de conductas señaladas como posibles infracciones al derecho penal”¹⁰³.

En una guía de actuación sobre el proceso penal publicada por el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia del Gobierno del Perú parece haberse concebido un sustento funcional para el principio de oportunidad, pues se sostiene que: “es un instituto construido esencialmente para que el fiscal seleccione sus causas, concluya las más sencillas y concentre sus fuerzas en las más importantes y graves; es decir, para que en ejercicio de su función proceda de una manera más estratégica”¹⁰⁴.

Sin negar validez a tales opiniones, creemos sin embargo que hallar un fundamento puramente práctico de descongestión procesal a este mecanismo, capaz de descriminalizar en la práctica conductas delictivas o neutralizar las consecuencias jurídico-penales que se prevé para estas, pecaría de utilitarista¹⁰⁵. Es por ello

¹⁰² La “cifra negra” de la criminalidad es el número de delitos que no llegan a ser descubiertos o denunciados ni, por ende, condenados, Vid. BOVINO, *Revista Ius et veritas* vol. 7, núm. 12 (1996), pp. 159-169.

¹⁰³ OREJARENA PARRA, *Revista Justicia Juris* 8 (octubre de 2007 – marzo de 2009) [en línea], p. 26.

¹⁰⁴ Vid. UNIDAD COORDINADORA DEL PROYECTO DE MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA, *Guía de Actuación del Abogado* [en línea], p. 31.

¹⁰⁵ Este argumento económico no sería aceptable y afirma podría llevar a un “mercadeo” del *ius puniendi*, Vid. OLAIZOLA NOGALES en *Dogmática del Derecho penal*, GIMBERNAT ORDEIG y otros (Ed.), p. 778.

que pretendemos encontrarle una justificación materialmente más consistente, reflexionando sobre su sustento desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo.

Dicho cometido no resulta absurdo, puesto que ha sido ya motivo de reflexión por autores como ROXIN y SCHÜNEMANN, cuyas ideas HERRERA GUERRERO¹⁰⁶ ha referido en su obra:

(...) la tensión entre legalidad y oportunidad solo se puede resolver satisfactoriamente desde el Derecho Penal, ya que determinar qué conductas delictivas merecen una sanción efectiva y qué otras pueden estar sujetas a criterios de oportunidad, otras formas de archivo o terminación anticipada del proceso concierne a los fines de la pena, al principio de proporcionalidad y al principio de igualdad.

Para tal fin, se analizará la existencia del principio de oportunidad desde la trascendental cuestión de la función de la pena. Cabe aclarar que entendemos que en una fase tan primigenia -como en la que se aplica el principio de oportunidad- no se produce un proceso de determinación de culpabilidad propiamente dicho (el cual se realiza recién en la etapa de juicio oral, con todas las garantías del proceso), así como tampoco hay pena (pues precisamente el principio de oportunidad es un mecanismo alternativo de solución).

Creemos sin embargo, ello no sería impedimento para poder emplear estas abstracciones en el análisis pretendido, en tanto la función de la pena está directamente relacionada con la función del Derecho penal¹⁰⁷, y si su determinación puede justificar la represión de conductas mediante el poder punitivo estatal, en una faz negativa bien puede fundamentar la no punición de las mismas.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. Beck, 27 ed., Múnich, 2012, p. 77, cit. por: HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 39.

¹⁰⁷ Vid. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 41-42.

1.2.3.1. Oportunidad y teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena consideran a ésta como un fin en sí misma. Según quienes defienden estas teorías, la pena tendría una función ideal de perseguir el valor Justicia, totalmente desligado de utilidad social alguna. Dentro de esta categoría, destacan las teorías retributivas, que definen a la sanción penal como “retribución por una lesión culpable”. En su versión subjetivo-idealista, asume que “la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social”¹⁰⁸. En su configuración objetiva-idealista, entiende que “el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor)”¹⁰⁹.

Algunos autores relacionan a las teorías absolutas con el principio de legalidad u obligatoriedad en la persecución, alegando que éste habría sido concebido dentro de aquellas; por lo tanto, con el fin de sancionar toda contravención a la norma penal es que la ley impone al MP la inevitabilidad e irrevocabilidad en la promoción de la acción penal¹¹⁰. Desde la perspectiva absoluta que estas teorías asumen, las conductas ilícitas habrían de ser castigadas sin excepción; por tanto, en un ordenamiento que se rija por una de estas tesis (aunque en la actualidad sea común su rechazo) sería muy probablemente inviable la existencia de una figura como el principio de oportunidad¹¹¹, en la medida que éste permite la descriminalización de hechos, pese a revestir carácter delictivo.

¹⁰⁸ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 42-45.

¹⁰⁹ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 42-45.

¹¹⁰ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, pp. 59 y 260; CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, pp. 21-22.

¹¹¹ Vid. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, pp. 107-111, quien no cierra la posibilidad de que en estos sistemas se admitan excepciones.

1.2.3.2. Oportunidad y teorías relativas de la pena

En opinión de GIMENO SENDRA, “el fundamento del principio de oportunidad no hay que encontrarlo ni en la lenidad ni en la arbitrariedad, sino en razones de utilidad pública o interés social (...)”¹¹². Precisamente, las teorías relativas sostienen que la pena ha de cumplir una función social. Existe una subdivisión doctrinal en razón a la diferente concepción sobre esa función social que la pena ha de cumplir. El profesor GARCÍA CAVERO¹¹³ manifiesta que son dos las ramificaciones de la tesis relativa: i) las que procuran fines de prevención, y ii) las teorías de la reparación o reestabilización.

1.2.3.2.1. Oportunidad y teoría de la prevención

En líneas generales, desde la óptica de la prevención se sostiene que la función social de la pena sería la de motivar al delincuente (prevención especial) o a los ciudadanos (prevención general) a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos¹¹⁴.

Colocándonos por un instante en esta corriente de pensamiento, si lo que se busca es lograr una motivación en la esfera interna del sujeto para que actúe con adecuación a la ley o evite su transgresión -ya sea dirigida a la ciudadanía en general o al delincuente mismo-, tendremos que aceptar que difícilmente se lograría mediante la despenalización procesal de las conductas delictivas, puesto que esto podría significar

¹¹² Para este autor, en el Derecho comparado dichas razones se concretan en las siguientes causas: a) escasa lesión social producida por el delito y la falta de interés en la persecución penal; b) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas; c) obtener la rehabilitación; d) la reinserción social y, e) el estímulo a la pronta reparación a la víctima, Vid. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal*. Tomo II. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, pp. 163 y ss., cit. por: SANTANA VEGA en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 47, núm. 2 (1994), pp. 111-118.

¹¹³ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 46.

¹¹⁴ Efectuamos una sucinta mención de las teorías de la prevención, cuyo estudio específico excede a los fines de la presente investigación; en mayor detalle, Vid. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 46-54.

un mensaje equivocado de impunidad y se correría el peligro de pervertir los fines del Derecho penal.

Por este motivo, consideramos que el principio de oportunidad tampoco encuentra cabida en un sistema preventivo, pues aun cuando el imputado haya aceptado su culpabilidad y reparado los daños ocasionados a la víctima a consecuencia del delito cometido, continuaría siendo necesaria la punición de la conducta delictiva para conseguir la deseada motivación en la sociedad y el delincuente, que evite la futura transgresión o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente protegidos.

1.2.3.2.2. Oportunidad y teoría de la reestabilización. Toma de postura

En la teoría relativa de la reestabilización JAKOBS plantea que la función social de la pena no sería la de prevenir o evitar lesiones a los bienes jurídicos, puesto que cuando el Derecho penal hace su aparición, aquellos ya se encuentran conculcados. Asimismo, recuerda que en ocasiones los bienes jurídicos se ven lesionados sin que el Derecho penal tenga por ello que intervenir (vg. muerte natural de una persona) y, por el contrario, en otras interviene sin que haya una efectiva lesión al bien jurídico (vg. tentativa)¹¹⁵.

Producto de dicho razonamiento, el jurista alemán concluye que la prohibición penal “no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico”, siendo la función de la pena no la de proteger bienes jurídicos, sino “devolver la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor”¹¹⁶. Entonces, la pena no tiene como objetivo encauzar el comportamiento del delincuente y motivarlo internamente a no hacer el mal, sino que sus destinatarios son todos los ciudadanos, a quienes busca

¹¹⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 55.

¹¹⁶ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 55.

confirmar que su confianza en la configuración normativa mantiene vigencia y que los equivocados no son ellos al confiar en ella, sino el delincuente con su accionar¹¹⁷.

Particularmente, creemos que esta postura sobre la función de la pena es la que guarda mayor coherencia con la realidad y, a nuestro criterio, desde esta teoría es perfectamente posible articular en el sistema jurídico penal la institución del principio de oportunidad. Llegamos a esta conclusión en función a las siguientes premisas:

- a) Lo que se busca mediante la imposición de la pena es devolver la vigencia a las expectativas sociales contenidas en la norma defraudada mediante la comisión del ilícito penal.
- b) Hay circunstancias en que la norma defraudada puede recuperar su vigencia comunicativa-social sin que sea imprescindible imponer una pena al autor del acto socialmente perturbador.

PERDOMO TORRES ha argumentado a la coexistencia legalidad-oportunidad una legitimación desde valores constitucionales como son la necesidad de pena en el caso concreto, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo a que el Derecho (material y procesal) se ve legitimado por la configuración de la sociedad concreta. Esta sociedad tiene la necesidad de contar con un procedimiento que “permita demostrar *prácticamente* la vigencia del derecho, que refleje las estructuras garantizadas por el derecho penal material y que, en consecuencia, legitime sin más tanto la imposición de una pena como su equivalente funcional”¹¹⁸.

En opinión de SAN MARTÍN CASTRO¹¹⁹, que hacemos nuestra, el principio de oportunidad reglado está concebido para que por razones de conveniencia o utilidad, sea posible

¹¹⁷ Cfr. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, pp. 102-105.

¹¹⁸ PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, pp. 110-111.

¹¹⁹ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 60.

subordinar la persecución de algunos delitos tanto a que superen las exigencias de necesidad o de merecimiento de pena legalmente previstas, como al acuerdo reparatorio al que arriben imputado y víctima.

AGUADO CORREA señala que el “concepto de merecimiento de pena expresa el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos y el principio de fragmentariedad, en tanto que el concepto de necesidad de pena no es sino una expresión de los principios de idoneidad y de subsidiariedad”¹²⁰. Respecto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que establece que el Derecho penal puede intervenir únicamente para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, GARCÍA CAVERO¹²¹ defiende que el bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de la norma penal. Si no hay una grave afectación a la vigencia de la norma, entonces no se justifica el despliegue de los mecanismos del Derecho penal. El principio de *ultima ratio* o de mínima intervención expresa una secundariedad del Derecho penal, en el sentido que sólo ha de intervenir en los casos estrictamente necesarios. Esto significa que lo hará únicamente cuando se esté frente a bienes jurídicos esenciales de la sociedad (*subsidiariedad cualitativa*) y las conductas que atentan contra ellos no puedan controlarse eficazmente por otros medios menos lesivos (*subsidiariedad cuantitativa*); y teniendo en cuenta que no toda conducta que vulnera bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser castigada penalmente, sino únicamente las más graves (*fragmentariedad*)¹²².

Guarda relación con la subsidiariedad un subprincipio de la proporcionalidad en sentido amplio, puntualmente el de necesidad, según el cual la intervención penal ha de ser necesaria en el sentido que “el fin de protección perseguido no pueda ser conseguido con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no haya *alternativas* a la intervención

¹²⁰ AGUADO CORREA en *El principio de proporcionalidad*, LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (Dir.), pp. 47-48.

¹²¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 76-85.

¹²² Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 92-94.

penal menos lesivas que esta”¹²³. Al respecto opinamos que el principio de oportunidad –como medio alternativo de solución– está en posibilidad de cumplir con la función de reestabilización de una manera menos lesiva que imponiendo una pena, siempre que las circunstancias particulares evidencien la falta de necesidad de ésta.

GARCÍA VITOR apunta al principio de la insignificancia ¹²⁴ como fundamento de un supuesto de oportunidad basado en la ausencia de merecimiento de pena¹²⁵. Cuando se produce una insignificante afectación al bien jurídico será de aplicación la máxima, acuñada en el Derecho penal romano, *minima non curat prætor* la cual determina que los delitos de bagatela queden al margen de la represión penal por cuanto no puede haber consecuencia jurídica para un hecho nimio o axiológicamente irrelevante¹²⁶. Por su parte, CORNEJO pone de manifiesto que el principio de insignificancia es propio del Derecho (penal) sustantivo, mientras que el principio de oportunidad lo es del Derecho procesal penal; sin embargo, a su parecer no resultan antitéticos pues al aplicar criterios de oportunidad podría el Fiscal no promover la acción penal con base en la nimiedad del hecho, tratándose en todo caso de dos caminos distintos que conducen a la solución de un mismo problema¹²⁷.

De lo dicho hasta aquí, creemos que no le falta razón a RUSCONI cuando dice que por medio de la aplicación del principio de oportunidad reglado el MP puede convertirse en un efectivo "agente de una política criminal basada en la idea

¹²³ MIR PUIG en *El principio de proporcionalidad*, LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (Dir.), p. 336.

¹²⁴ Para CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, p. 41, la “insignificancia” aludida no se predica del bien jurídico penalmente protegido en cuanto tal, sino del grado de afectación producido a aquel mediante la conducta delictiva.

¹²⁵ Vid. GARCÍA VITOR, *La insignificancia*, pp. 22, 70-71.

¹²⁶ Cfr. CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, pp. 43-57.

¹²⁷ Cfr. CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, pp. 67-75; GARCÍA VITOR, *La insignificancia*, pp. 43-45.

de *ultima ratio* o mínima intervención"¹²⁸, coincidiendo con otros autores sobre la necesidad de hacer efectivo dicho principio frente a la sobrecriminalización de algunas conductas, que bien podrían ser atendidas por otros medios de intervención de manera suficiente¹²⁹.

Por su parte, el principio de idoneidad tiene que ver con la idea de que no todos los bienes jurídicos que son merecedores de protección, y están necesitados de protección, son idóneos para ser protegidos penalmente, pues el Derecho penal sólo debe intervenir cuando su actuación sea mínimamente eficaz para sus fines¹³⁰.

Paradigmático sobre la situación descrita resulta el caso del autor-víctima, conocido también como “pena natural”: este se da cuando el autor se ha visto gravemente afectado por las consecuencias del delito que él mismo ha cometido¹³¹. En este supuesto, se entiende que la imposición de una pena formal o convencional (adicional a la material o natural, ya sufrida por el sujeto) carecería de justificación penal, por tanto al no tener legitimación social no debería ser impuesta; más aún, aplicarla podría suponer un castigo excesivo o ensañamiento que atentaría directamente contra la dignidad humana del reprimido, principio-derecho que goza de plena protección constitucional en el Ordenamiento jurídico peruano (art. 1° Const.).

¹²⁸ Vid. RUSCONI, Maximiliano. “Luces y sombras en la relación política criminal – Ministerio Público”. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1993, p. 156, cit. por: ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, p. 49.

¹²⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, pp. 25-26, cit. por: HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 34; Vid. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, pp. 32-34.

¹³⁰ Cfr. AGUADO CORREA en *El principio de proporcionalidad*, LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (Dir.), pp. 37-39.

¹³¹ Un típico ejemplo de pena natural es el caso en que, a consecuencia de conducir en estado etílico, el conductor estrelló el vehículo y produce la muerte de su hijo, quien iba en el asiento del copiloto. En este caso, el daño sufrido por el autor del delito de conducción en estado de ebriedad, resulta evidentemente mayor al ocasionado por el delito mismo.

De este modo, opinamos que en supuestos determinados i) el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado, y ii) la reparación integral de los daños ocasionados a la víctima a consecuencia del delito, podrían ser suficientes para conseguir el fin de reestabilización de la expectativa social defraudada. Esta labor correspondería al operador jurídico penal, quien tendría que evaluar: si la necesidad o merecimiento de la imposición de la sanción penal persiste en el caso concreto, o si aún sin ella -y en mérito al reconocimiento de culpabilidad y reparación de daños- logró cumplirse con devolver la vigencia social a la expectativa defraudada contenida en la norma.

Podemos concluir diciendo que estos criterios materiales del *ius puniendi* en que se sustenta el principio de oportunidad persiguen un interés de conseguir mayor justicia material, finalidad que se materializa mediante el reconocimiento de ciertos criterios de oportunidad que operan a manera de correctivos del principio opuesto (legalidad)¹³², abriendo una vía de escape al mero formalismo legal que en ocasiones origina situaciones injustas¹³³; así, el principio de legalidad tendría que dar cabida a la oportunidad para lograr esta finalidad¹³⁴.

¹³² Vid. MAIER, *Antología*, p. 566.

¹³³ PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, pp. 54-58, afirma que una legalidad “pura” es una exigencia irreal que no es posible llevar de forma íntegra a la práctica, e incluso analiza situaciones en que una aplicación a rajatabla de este deber puede conllevar a situaciones materialmente injustas.

¹³⁴ Cfr. TINOCO PASTRANA, *El sistema judicial penal* [en línea], p. 367.

1.3. Principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico peruano

1.3.1. Antecedentes y regulación actual

La fuente primigenia de la regulación del principio de oportunidad peruano se encontraría, según BLOSSIERS HÜME¹³⁵, en el Proyecto alternativo alemán de 1966 y en los trabajos complementarios del art. 230° CPPMI -elaborado principalmente sobre la base del CPP para la provincia de Córdoba (Argentina) vigente desde 1940¹³⁶ -; que lo recoge bajo la denominación “criterios de oportunidad” conforme al tenor siguiente:

230. Oportunidad. En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del ministerio público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente.

El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el ministerio público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos.

* Los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal; sin embargo, podría ocurrir que, según las disposiciones jurídicas relativas a la distribución de competencia legislativa de un Estado la mayoría de las veces constitucionales; la fijación de estos criterios estuviera atribuida con exclusividad al legislador procesal. Se incluye, a continuación, un ejemplo posible sobre criterios de oportunidad: “En las acciones que deben ser ejercidos por el ministerio público, él, con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento, en los siguientes casos:

¹³⁵ BLOSSIERS HÜME, Juan J. “Ventajas del principio de conciliación sobre el de oportunidad vigente en el Código Procesal Penal”. *Revista Vox Juris – Revista de Derecho de la Universidad San Martín de Porres*. Lima, 1996, año 6, N° 6, p. 244, cit. por: ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, p. 63.

¹³⁶ Vid. MAIER, *Antología*, pp. 558-561.

1. Cuando se tratare de hechos que por su insignificancia o su falta de frecuencia, no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los tres años de privación de libertad o el delito haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
2. Cuando la contribución o la culpabilidad del agente en la comisión del hecho sea leve y no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
3. Cuando se tratare de casos que reúnen los presupuestos bajo los cuales el tribunal puede prescindir de la pena.
4. Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal, resultare idóneo prescindir de la persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo.
5. Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidos por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que probablemente se aplicará, se podrá limitar la persecución a la otra u otras infracciones restantes; de la misma manera se procederá cuando la pena o medida de seguridad y corrección que se espera por un hecho punible carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en el extranjero, y procede la extradición y entrega del imputado al país extranjero; en este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa. En estos supuestos, el procedimiento podrá ser reabierto y se podrá proseguir la persecución penal, si la pena o medida de seguridad esperada no se ejecuta o impone”.

Si bien no en todos los alcances del art. 230° CPPMI, el principio de oportunidad se reguló por primera vez en el ordenamiento peruano en el CPP de 1991¹³⁷, incorporando la figura en su artículo segundo. Como es sabido, este cuerpo normativo

¹³⁷ Promulgado mediante D. Leg. N° 638 del 25 de abril de 1991, y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 27 de abril del mismo año.

constituyó un intento fallido de reforma del proceso penal, y únicamente pudo entrar en vigencia parcial debido a que su aplicación íntegra fue sometida a *vacatio legis* que se extendió por tiempo indefinido, tal como se explica en la Exposición de motivos del Anteproyecto del CPP de 2004.

El CPP de 2004 (llamado “Nuevo Código Procesal Penal” a la fecha de su creación)¹³⁸, siguiendo la tradición del código adjetivo de 1991, conservó la norma sobre el principio de oportunidad, y tras posteriores modificaciones ha resultado redactado como sigue:

Artículo 2.- Principio de Oportunidad

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

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

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

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

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

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta.

¹³⁸ Promulgado mediante D. Leg. N° 957 del 22 de julio de 2004, y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio del mismo año.

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

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

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

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

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

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y

citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnada, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

Especialmente relevante a nuestros fines es la modificación efectuada por el art. 3° del D. Leg. N° 1102 (publicado el 29 de febrero de 2012), que incorporó al CP los delitos de minería ilegal, y añadió un octavo inciso al art. 2° CPP que prescribe lo siguiente:

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

Por último, el art. 3° de la Ley N° 30076 que modificó diversos artículos del Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y Código de los Niños y Adolescentes con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013, añadió una última disposición sobre situaciones en que no procede la aplicación del principio de oportunidad:

9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:

- a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;
- b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos

de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;

c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,

d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal.

1.3.2. Criterios de oportunidad en el CPP de 2004

1.3.2.1. Aspectos generales

El art. 2º CPP dispone que “el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal (...)”. Es requisito previo para aplicar criterios de oportunidad que el Fiscal haya tomado conocimiento de la comisión de un hecho ilícito (sea por denuncia de parte, por informe de la Policía, o por sí mismo), y haya apreciado suficiente material probatorio que acredite su existencia, así como la relación o vínculo del imputado con su comisión¹³⁹.

Una vez el Fiscal toma conocimiento de la *notitia criminis*, podrá dar inicio al trámite para la aplicación del principio de oportunidad, ya que por disposición legal se le ha concedido un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal bajo los supuestos que la norma permite. Fuera de este ámbito de aplicación facultativa del principio de oportunidad, existen delitos determinados (lesiones leves, hurto simple, apropiación ilícita y delitos culposos) en que

¹³⁹ BÍNDER, *El Principio de Oportunidad*, pp. 24-25.

resulta obligatoria para el Fiscal, siempre que no haya pluralidad de víctimas o concurso de delitos.

Sostiene BÍNDER¹⁴⁰ que en el uso de los criterios de oportunidad en un proceso penal acusatorio y garantista, debe atribuírsele un rol preponderante al imputado, de quien se requiere un consentimiento expreso, es decir, debe haber aceptado los hechos punibles pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho de defensa y a la presunción de inocencia. Del mismo modo PEÑA CABRERA FREYRE considera presupuesto esencial del principio de oportunidad “la renuncia del imputado al principio de presunción de inocencia, declarando manifiestamente su culpabilidad al hecho atribuido”¹⁴¹.

Lo que para estos autores resulta tan diáfano, a nuestro parecer no es necesariamente evidente. Cabría preguntarse si: ¿es la aceptación expresa de culpabilidad por parte del imputado, respecto de los hechos que se le imputan, una *conditio sine qua non* para la aplicación del principio de oportunidad?

Creemos que cuando es el Fiscal quien, de oficio, pretende aplicar el principio de oportunidad, es porque de la investigación ha recabado suficientes elementos que hacen muy probable que la conducta delictiva sea imputable al investigado. Así lo entiende SAN MARTÍN CASTRO¹⁴², quien señala que la motivación del Fiscal para aplicar la oportunidad debe darse “cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”, es decir, cuando exista gran probabilidad de que ha cometido el delito. En este supuesto, compartimos lo manifestado por BÍNDER en el sentido que sería indispensable que el imputado brinde su conformidad para la aplicación del principio de oportunidad, pues lo

¹⁴⁰ Cfr. BÍNDER, *El Principio de Oportunidad*, pp. 24-30.

¹⁴¹ PEÑA CABRERA FREYRE, *Los procesos penales especiales*, pp. 134-135.

¹⁴² SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 260.

contrario vulneraría la presunción de inocencia existente a su favor.

Encontramos distinta la situación cuando es el imputado quien solicita al Fiscal la aplicación del principio de oportunidad. Si bien existe consenso sobre la necesaria individualización del imputado y su vinculación con el hecho punible como exigencias para aplicar la oportunidad, no creemos que en el supuesto de la aplicación por petición del imputado se deba efectuar una especie de admisión o declaración “formal” de culpabilidad por parte del solicitante. Decimos esto, porque al existir una etapa de ponderación o evaluación que realizará el titular de la potestad, bien puede ocurrir que el Fiscal verifique la posibilidad de la aplicación del principio de oportunidad y la declare procedente, como también podría suceder lo contrario.

Siguiendo esta lógica, en caso no llegara a concretarse el mecanismo de la oportunidad por los motivos que el Fiscal determinase, el investigado podría verse afectado posteriormente en el proceso al haber reconocido de forma anticipada su responsabilidad penal. Esta situación eliminaría cualquier estímulo para acudir al principio de oportunidad como vía alternativa de solución al conflicto penal.

Creemos, en todo caso, que en la reunión informal entre Fiscal e imputado lo que se da es una declaración “material” de culpabilidad de éste, que permite a aquel verificar una muy probable vinculación del investigado con la comisión del ilícito, sin que lo declarado por éste en dicha reunión pueda ser empleado posteriormente en su contra, de determinarse la improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad.

1.3.2.2. Supuestos de aplicación facultativa

El profesor y magistrado SAN MARTÍN CASTRO¹⁴³ denomina a los recogidos en el inc. 1, art. 2° CPP como criterios de oportunidad “bajo condición”, por cuanto la abstención del ejercicio de la acción penal se encuentra suspendida a condición de que el imputado cumpla con ciertas condiciones, y los sistematiza entre supuestos de: a) falta de necesidad de pena, y b) falta de merecimiento de pena.

Asimismo, como ya se ha comentado el D. Leg. N° 1102 introdujo un nuevo criterio de oportunidad respecto de delitos de minería ilegal, el cual hemos decidido ubicar también en esta categoría por las razones que se expondrán.

1.3.2.2.1. Falta de necesidad de pena

Se ha regulado el caso del autor-víctima que se da cuando el agente se ha visto afectado de manera directa y grave por las consecuencias del delito que cometió, resultando la pena innecesaria; esto es lo que la doctrina llama “pena natural”.

Se dice que la represión penal sería innecesaria en razón a que esta sanción sería menor al daño ya sufrido por el autor del delito (o que incluso podría ser inapropiada por constituir un exceso), por lo que la pena no cumpliría con sus fines¹⁴⁴.

Para este supuesto contemplado en el literal a) del inc. 1, art. 2° CPP, se ha fijado además un límite objetivo, con base en el principio de proporcionalidad: que la sanción prevista para el delito no sea mayor a cuatro años de pena privativa de libertad.

¹⁴³ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, pp. 262-263.

¹⁴⁴ Cfr. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, pp. 82-86; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 262; BÍNDER, *El Principio de Oportunidad*, pp. 30-33.

1.3.2.2.2. Falta de merecimiento de pena:

Este criterio presenta dos supuestos: los delitos bagatela y la mínima culpabilidad. En ambos casos, es relevante que el interés público no se haya visto afectado gravemente; únicamente así calificarán para la aplicación del criterio de oportunidad según lo establecen de forma unánime la ley y la doctrina.

El interés público como concepto jurídico indeterminado que es, posee caracteres de generalidad y variabilidad, por lo que requiere de una concreción jurídica¹⁴⁵, esto es, debe ser analizado conforme al contexto social del que se trate y al caso concreto.

a. Escasa lesividad

El literal b) del inc. 1, art. 2° CPP recoge la causal en que el Fiscal puede abstenerse de promover la acción penal frente a delitos que por su insignificancia o poca frecuencia no afecten gravemente el interés público.

Son delitos de bagatela o insignificantes aquellos que tienen un mínimo contenido de injusto o escasa lesividad. Pese a que el concepto de “mínima lesividad” no está establecido legalmente, BÍNDER afirma que aplica usualmente a hechos delictivos cuya reprochabilidad es escasa, y cuando el bien jurídico protegido es de menor relevancia. Sobre esto último, creemos más correcta la concepción de CORNEJO para quien la menor relevancia no se refiere al bien jurídico, sino a la afectación producida a éste por la conducta dañosa¹⁴⁶.

No obstante, la norma establece un parámetro de lesividad, que consta en que el extremo mínimo de pena abstracta no deberá ser superior a dos años de pena privativa de libertad, así como también excluye de ser entendido como

¹⁴⁵ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 263.

¹⁴⁶ Cfr. BÍNDER, *El Principio de Oportunidad*, pp. 33-38; Vid. CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, p. 41.

mínima lesividad el delito cometido por funcionario público en ejercicio de su cargo¹⁴⁷.

b. Mínima culpabilidad

Este criterio es recogido en el literal c) del inc. 1, art. 2° CPP y bajo esta terminología, algunos autores¹⁴⁸ agrupan a aquellos supuestos de exención incompleta de responsabilidad penal como son los contemplados en el art. 14° CP (error de tipo y error de prohibición), art. 15° CP (error de comprensión culturalmente condicionado), art. 21° CP (responsabilidad restringida) y art. 22° CP (responsabilidad restringida por la edad).

También ha incluido el legislador las circunstancias del art. 16° CP (tentativa), art. 18° CP (arrepentimiento activo o desistimiento voluntario), art. 25° CP (complicidad) y art. 46° CP (circunstancias de atenuación).

Se condiciona a que el delito no esté sancionado a más de cuatro años de pena privativa de la libertad, así como que no se trate de un delito cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones.

1.3.2.3. Delitos de minería ilegal

Este criterio contemplado en el inc. 8 del art. 2° CPP fue incorporado por el art. 3° del D. Leg. N° 1102, publicado el 29 de febrero de 2012, dispositivo legal que añadió al CP los delitos de minería ilegal.

Se ha decidido ubicar este supuesto dentro de los de aplicación facultativa en atención al tenor literal del artículo, que señala: “el Fiscal *podrá* también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D

¹⁴⁷ ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad*, pp. 87-89.

¹⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 263.

y 307-E del Código Penal (...). La terminología escogida por el legislador indica que es potestativo para el Fiscal decidir si aplica o no el principio de oportunidad en este supuesto.

Para su procedencia, se condiciona a quien pretende ser beneficiado mediante la aplicación de la oportunidad a suspender sus actividades ilícitas “de modo voluntario, definitivo e indubitable”. Además se dispone que este hecho debe ser comunicado al OEFA mediante instrumento de fecha cierta. Esto resulta extraño pues, si bien en el ordenamiento peruano OEFA es el ente administrativo ambiental por excelencia, en el sector de minería los gobiernos regionales son las EFA competentes para fiscalizar a la pequeña minería y minería artesanal en su circunscripción territorial conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27651 – Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, modificada por D. Leg. N° 1100¹⁴⁹, y es precisamente en esta esfera de la actividad en la que opera la minería ilegal, como se tendrá ocasión de explicar¹⁵⁰.

Sobre este criterio de oportunidad, ÁVALOS RODRÍGUEZ¹⁵¹ sostiene que nos encontramos ante uno independiente que tendría su propio fundamento y configuración:

¹⁴⁹ Ley N° 27651 - Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal.- “Artículo 14°.- Sostenibilidad y fiscalización. Los gobiernos regionales tienen a su cargo la fiscalización, sanción y demás facultades que les han sido transferidas en el marco del proceso de descentralización, de quienes ejercen actividad minera cumpliendo con las tres condiciones previstas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, se encuentren o no acreditados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales ante la Dirección General de Minería. En caso de que cualquiera de las tres condiciones antes mencionadas no se cumplieran, la fiscalización y sanción estará a cargo de OEFA, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y del Osinergmin, según sus respectivas competencias”.

¹⁵⁰ Vid. *infra*. 2.1. y 2.2.

¹⁵¹ ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Mecanismos de simplificación*, p. 141.

Entendemos que lo que ha buscado el legislador con la introducción del supuesto del numeral 8 (...) es combatir la minería ilegal mediante mecanismos no punitivos. En este caso –y visto la dificultad de su combate mediante los mecanismos tradicionales- incentivando que quienes se dedican a dicha forma de criminalidad grave – apreciada desde su dañosidad social- abandonen la misma “de modo voluntario, definitivo e indubitable”.

No obstante, existen opiniones diferenciadas sobre la inclusión de este supuesto de oportunidad, las mismas que se analizarán a profundidad en el apartado correspondiente¹⁵² por cuestiones de conveniencia y orden en la investigación.

1.3.2.3. Supuestos de aplicación obligatoria

Otra expresión del principio de oportunidad es el llamado *acuerdo reparatorio*¹⁵³. Estos supuestos se encuentran regulados en el inc. 6, art. 2° CPP, de cuyo tenor puede percibirse claramente un sentido de obligatoriedad de aplicación por el representante del MP en determinados delitos.

Así, dispone que “el Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio (...)” en los delitos del CP previstos en los arts. 122° (lesiones leves), 185° (hurto simple), 187° (hurto de uso), 189°-A primer párrafo (hurto de ganado, sin circunstancias agravantes), 190° (apropiación ilícita común), 191° (sustracción de bien propio), 192° (apropiación irregular), 193° (apropiación de prenda), 196° (estafa), 197° (defraudación), 198° (administración fraudulenta), 205° (daño simple) y 215° (libramiento indebido), y en los delitos culposos.

¹⁵² Vid. *infra*. Cap. III, 1.

¹⁵³ SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, pp. 264-265.

Anotan algunos autores ¹⁵⁴, que en el acuerdo reparatorio no es necesario realizar un análisis de la gravedad concreta del hecho (a diferencia de los criterios de oportunidad de los literales a), b) y c) del inc. 1, art. 2° CPP), sino que bastará con verificar la simple tipicidad, esto es, verificar que el hecho materia de imputación sea uno de los enumerados taxativamente en el inc. 6, art. 2° CPP.

Se exceptúa su aplicación cuando se haya afectado a pluralidad importante de víctimas o cuando se realice en concurso con otros delitos (a menos que sean de menor gravedad o afecten bienes jurídicos disponibles).

¹⁵⁴ Cfr. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 134; ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Mecanismos de simplificación*, pp. 109-110.

CAPÍTULO II: LA MINERÍA ILEGAL

2.1. Antecedentes de la minería en el Perú

El Perú es un país de antigua tradición minera, actividad que ha estado presente a lo largo de toda su historia, habiéndose incluso desarrollado procesos mineros y metalúrgicos desde la época prehispánica¹⁵⁵. Esto, gracias al enorme potencial geológico con que cuenta debido a la presencia de la Cordillera de los Andes a lo largo del territorio nacional. Así, a nivel mundial y latinoamericano, el Perú se ubica entre los países de mayor producción de metales como son el oro, plata, cobre, plomo, zinc, hierro, estaño, molibdeno, telurio, entre otros¹⁵⁶.

La importancia de la minería en Perú ha sido reflejada en el “Libro Mundial de Hechos” de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos, tipo de almanaque que contiene la principal información de los países del mundo, que señala:

La economía peruana creció en un promedio de 5.6% a partir de 2009-13 con una tasa de intercambio estable y una inflación baja, que en 2013 estaba justo por debajo del límite superior del rango objetivo del Banco Central de 1% a 3%. Los precios de las exportaciones de metales y minerales peruanos, que representan casi 60% de las exportaciones totales del país. El crecimiento cayó en 2014 y 2015, debido a los menores precios mundiales de estos recursos. A pesar del

¹⁵⁵ Sobre la historia del Derecho minero peruano, Vid. BASADRE AYULO, *Derecho minero peruano*, pp. 77 y ss.

¹⁵⁶ Vid. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL PERÚ. *Perú: País minero* [en línea], s/p.

fuerte desempeño macroeconómico de Perú, su dependencia en las exportaciones de minerales y metales y la importación de alimentos hacen que su economía sea vulnerable a las fluctuaciones de los precios mundiales (...) Perú es el segundo mayor productor mundial de plata, y el tercer productor de cobre¹⁵⁷ (traducción literal)

A pesar de un declive producido en los últimos años (2014-2015) – principalmente a consecuencia de la caída global de los precios de los minerales y metales-, es innegable que gran parte del crecimiento económico del país obedece a las divisas que genera esta actividad, que ha contribuido durante el año 2013 con el 14.7% del PBI, además de haber sido responsable de entre el 10% y 16% de la recaudación tributaria, liderar las exportaciones y contribuir con la generación de puestos de trabajo¹⁵⁸. Según INEI, durante el período entre enero-diciembre de 2015, el PBI del país ha experimentado un crecimiento interanual del 3.26%; el sector minero y de hidrocarburos ha sido responsable de 1.04% del total¹⁵⁹.

Sin menoscabar su gran contribución a la macroeconomía del país, cabe decir que no todo han sido ventajas durante el desarrollo de esta actividad pues, dada su naturaleza extractiva, es una de las que mayor impacto negativo genera en su entorno. Es por ello que ha sido causa de numerosos conflictos socioambientales en el país (v.g. el proyecto Conga en Cajamarca, Tía María en Arequipa, Las Bambas en Apurímac, entre otros). Reflejo de ello, el Reporte de conflictos sociales correspondiente al mes de enero de 2017, elaborado por la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, señala que de los 156 conflictos activos registrados durante este mes en el país, el 75% son de tipo socioambiental, de los cuales el 66% corresponden al sector minero¹⁶⁰.

Por otro lado, siendo una actividad ancestral en el país, existe también un sector minero artesanal con visos de informalidad, el cual emerge en un contexto de recesión económica y se empodera por el aumento del precio del oro en el mundo. A partir del año 2005,

¹⁵⁷ CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, *The World Factbook* [en línea], s/p.

¹⁵⁸ Vid. PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Guía de Negocios* [en línea], p. 3.

¹⁵⁹ Cfr. PRICEWATERHOUSECOOPERS, *Doing business* [en línea], p. 12.

¹⁶⁰ Vid. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *Reporte de conflictos sociales* [en línea], pp. 21-22.

concretamente en el departamento de Madre de Dios, esta actividad se ha extendido y tornado incontrolable, así como hay que considerar que la gravedad de los efectos nocivos al ambiente crece exponencialmente cuando se trata de la minería que opera al margen de la legalidad, puesto que emplean técnicas rudimentarias, sin adoptar criterio técnico alguno para su desarrollo¹⁶¹. Son estas conductas realizadas por quienes, intencionalmente, omiten cumplir con cualquier estándar de seguridad las que resultan particularmente nocivas para la estabilidad del ambiente, por lo que su represión empleando los medios más contundentes del sistema jurídico resulta no solo razonable, sino más bien imprescindible.

2.2. La minería y sus consecuencias

Para empezar, debemos tener claro que ninguna actividad humana se produce sin generar un impacto, sea positivo o negativo, sobre el ambiente. Con mayor razón se puede decir esto tratándose de una actividad extractiva como la minera, cuya característica es la irreversibilidad de la extracción del recurso, puesto que los minerales (metálicos y no metálicos) son recursos naturales no renovables; es decir, “aquellos cuyo aprovechamiento lleva indefectiblemente a la extinción de la fuente productora, ya que éstos no se autorrenuevan”¹⁶².

Por otro lado, es una verdad reconocida que el hombre es el centro de la protección ambiental, y ésta ha de ser ejercida en armonía con la satisfacción de sus necesidades de índole económica y social. El profesor GARCÍA CAVERO advierte que “la forma en que la sociedad está organizada actualmente impide eliminar, en su origen, toda forma de contaminación ambiental, pues la satisfacción de muchas de las necesidades que hoy podrían calificar de irrenunciables, se consigue a través de actividades con inevitables efectos contaminantes”¹⁶³. Así, en el plano internacional el principio 8 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 ha reconocido que: “el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”. En el mismo sentido, el legislador constitucional peruano ha establecido en el art. 66° Const. que:

¹⁶¹ Cfr. IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 179.

¹⁶² ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, p. 56.

¹⁶³ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 853.

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares (...)”¹⁶⁴. Añade el art. 67° Const. que el Estado promueve el uso sostenible de los recursos naturales.

El medio ambiente es considerado un bien jurídico de carácter *transgeneracional*¹⁶⁵, y cuando se hace referencia al “uso sostenible” de sus recursos naturales, se entiende por ello que el hombre tiene un derecho de usufructuar los bienes que le provee la naturaleza, siempre y cuando lo haga preservando –y de ser posible, restaurando y mejorando– la fuente en el caso de los recursos naturales renovables (principio 3 de la Declaración de Estocolmo), o empleando una forma que evite el peligro del futuro agotamiento de los recursos no renovables¹⁶⁶ y asegure que toda la humanidad –incluyendo las generaciones venideras– podrá compartir sus beneficios (principio 5).

Es por tanto comprensible que determinadas actividades con potencial intrínseco para dañar al ambiente sean –hasta cierto punto– toleradas, en la medida que reportan beneficios igualmente importantes y necesarios para el óptimo desarrollo de la vida del hombre. En otras palabras, no todo daño producido al medio ambiente comporta un daño antijurídico. En consecuencia, planteamos que los impactos negativos al entorno natural que genera la actividad minera (como cualquier otra actividad económica, cuya ejecución acarrea efectos colaterales al ambiente) se pueden producir en dos niveles, cada uno con distintas consecuencias jurídicas:

¹⁶⁴ Sobre los recursos naturales, su titularidad y aprovechamiento en el Perú, Vid. LASTRES BÉRNINZON en *Revista Ius et veritas* vol. 5, núm. 9 (1994), pp. 137-142.

¹⁶⁵ Vid. HUERTA GUERRERO en *Revista Derecho PUCP.* 71 (2013), pp. 477-502; SCHÜNEMANN en *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.), pp. 434-437.

¹⁶⁶ Sobre la equidad ecológica intergeneracional de los recursos naturales agotables, afirma que la generación actual tiene cierta libertad de movimiento para fijar la proporción de recursos que reivindicará a la generación futura, debido a que existe una previsión de que el imparable desarrollo tecnológico posibilitará el acceso a nuevos recursos, al día de hoy desconocidos, Vid. SCHÜNEMANN en *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.), p. 436.

- 1) El impacto negativo puede generarse a consecuencia del ejercicio de una actividad regulada y promovida por el Estado, en razón de los beneficios que la misma reporta a la sociedad en su conjunto, con sujeción a determinados estándares previstos para mitigar su ínsita nocividad. En este caso, el riesgo aparece como inevitable en razón de la utilidad social de la conducta generadora, haciendo posible su ponderación¹⁶⁷; sin embargo, para ser ésta considerada un *riesgo permitido* se prevé que deberá contar con la autorización administrativa respectiva. Para ello deberá cumplir con ciertos estándares de seguridad¹⁶⁸, que vienen a ser los instrumentos de gestión ambiental (vg. evaluación del impacto ambiental¹⁶⁹, planes de cierre de minas, estándares nacionales de calidad ambiental, entre otros), además de ser una actividad continuamente supervisada por la autoridad ambiental competente y pasible de ser sancionada administrativamente en caso de infracción.

- 2) Como un *daño ambiental* propiamente dicho: La Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente (LGA), recoge en su art. 142°, inc. 2 una definición de “daño ambiental” como “todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”. Sin embargo, por su amplitud, la definición recogida por el legislador abarca tanto a los impactos ambientales que hemos tratado en el punto anterior, como a los que se producen en contravención de la ley. Por ello, creemos de mayor utilidad recurrir a lo que la doctrina extranjera entiende por “daño ambiental”, siendo este “toda pérdida, disminución o detrimento *significativo* inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes” (énfasis añadido)¹⁷⁰. La principal característica de esta alteración al ambiente es que sea relevante o significativa; esta especial relevancia puede interpretarse en el

¹⁶⁷ Vid. ESTEVE PARDO en *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.), pp. 277-278.

¹⁶⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 924.

¹⁶⁹ Para ESTEVE PARDO en *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.), pp. 296-297, consiste en establecer un “razonable equilibrio entre los riesgos ambientales que se rechazan y los riesgos económicos que se asumen a cambio (...) si el coste o riesgo económico se presenta excesivo, entonces la decisión final del procedimiento se decantaría por la admisión del riesgo ambiental que se pondera y que pasaría a tener la condición de riesgo permitido”.

¹⁷⁰ CAFFERATTA en *Derecho Ambiental y Daño*, LORENZETTI (Dir.), p. 17.

sentido de ser un daño intolerable que revista gravedad e irreversibilidad en sus consecuencias negativas producidas al ambiente, a los recursos naturales, o incluso -sea directa o indirectamente- a la salud humana¹⁷¹. Estas conductas son las que rebasarían el ámbito administrativo para pasar a constituir un delito ambiental, en tanto, en palabras de SCHÜNEMANN, constituyen una “irreversible explotación abusiva o destrucción de recursos naturales, que lesiona los principios de equidad intergeneracional”¹⁷².

Ahora bien, no significa que el Derecho penal actuará como un mero custodio del cumplimiento de la normativa administrativa pues, como se verá más adelante, por la técnica legislativa empleada se recurre a la regulación administrativa para definir la conducta delictiva, pero aquella no incidirá en los criterios de imputación penal¹⁷³.

Por lo general será la minería artesanal a pequeña escala, que desarrolla su actividad en forma ilegal, la que genera un daño ambiental como el descrito¹⁷⁴. Esta afirmación se sustenta por las condiciones del desarrollo de sus actividades: en primer lugar, sin algún cuidado por el medio ambiente, traducido en el nulo empleo de instrumentos de gestión ambiental; y, segundo, realizado sin supervisión por parte de la autoridad ambiental competente¹⁷⁵. Por ello señalan SORIANO y BRUFAO que en toda disputa por lograr un equilibrio entre economía y ecología, la lucha por la legalidad resulta fundamental. En su opinión, “es preciso acabar con las explotaciones ilegales, que además, como *free riders* (polizones, pasajeros sin billete) dañan no solamente a la economía general y al medio ambiente, sino directamente también al empresario cumplidor de la ley”¹⁷⁶. Esto último, en referencia al incentivo perverso que implica sobre los empresarios y la población en general, la impunidad de las actividades que operan al margen de la legalidad.

¹⁷¹ CAFFERATTA en *Derecho Ambiental y Daño*, LORENZETTI (Dir.), pp. 17-25.

¹⁷² SCHÜNEMANN en *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.), p. 437.

¹⁷³ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 843-845.

¹⁷⁴ Vid. PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada*, pp. 411-415.

¹⁷⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 920.

¹⁷⁶ SORIANO/BRUFAO, *Claves de Derecho ambiental I*, p. 105.

La especial gravedad de la minería ilegal también se evidencia en los diversos ámbitos que se ven impactados por sus efectos, los que procederemos a mencionar brevemente con la finalidad de entender los motivos que tuvo el legislador para haber optado por su punición.

2.2.1. Impactos ambientales

Los impactos que se generan sobre el medio ambiente por la minería artesanal o de pequeña escala son generalmente a largo plazo o poco visibles. Sin embargo, sus efectos son particularmente nocivos pues los mineros artesanales no cuentan con información sobre los métodos disponibles para reducir los impactos, así como tampoco existen fuertes incentivos para generar cambios positivos, dado que las operaciones que efectúan son a menudo actividades de subsistencia. Por esta razón los mineros artesanales tienden a concentrarse más en las preocupaciones inmediatas que en el consecuente impacto ecológico que su actividad genera a largo plazo¹⁷⁷.

Enseguida realizaremos una sucinta mención de algunos de los más significativos impactos ambientales que los especialistas han advertido.

2.2.1.1. Liberación de sustancias tóxicas

En el caso de la minería, la fricción entre la explotación económica de los recursos naturales y la protección del medio ambiente es más que evidente. Las consecuencias negativas que se generan mediante esta actividad son diversas y no de poca importancia, debido a que se despliega sobre áreas de considerable extensión y genera gran volumen de residuos que en ocasiones resultan tóxicos¹⁷⁸.

La liberación de sustancias tóxicas es natural, ya que la explotación de minas suele orientarse a la extracción de metales, minerales y, en general, elementos orgánicos terrestres o subterráneos, varios de ellos nocivos y altamente

¹⁷⁷ IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 113.

¹⁷⁸ Cfr. SORIANO/BRUFAO, *Claves de Derecho ambiental I*, p. 103.

tóxicos cuando superan ciertos porcentajes de concentración en el ambiente (un buen ejemplo de ello son el plomo, el bromo y el monóxido de carbono). Todo ello perjudica la subsistencia de especies –animales y vegetales-, así como la salubridad humana, y puede ocasionar un grave deterioro ambiental¹⁷⁹.

2.2.1.2. Contaminación por mercurio

Además, a diferencia de la gran minería que ha sustituido su uso por el del cianuro (reduciendo el impacto al ambiente), las técnicas rudimentarias de la minería de pequeña escala incluyen el uso de grandes cantidades de mercurio. Este metal líquido es utilizado para separar el metal que pretende extraerse del mineral en que se encuentra, cuyo procedimiento opera de la siguiente manera: el mercurio se adhiere –por ejemplo- al oro, formando una amalgama que facilita su separación de la roca, arena u otro material; posteriormente se calienta la amalgama para evaporar el mercurio y de esta forma se obtiene el oro¹⁸⁰. Una inadecuada utilización del mercurio, ya sea en la fase de preparación de la amalgama, o en la fase de quemado –que también se denomina “refogado”- de la misma, puede originar considerables emisiones de mercurio al ambiente (atmósfera)¹⁸¹.

También el agua suele sufrir la contaminación por el mercurio, sobre todo en la minería aluvial que opera cerca de lechos de ríos. Según IPENZA y VALENCIA "en los últimos 20 años más de 3000 toneladas de mercurio han sido arrojadas a los ríos amazónicos, contaminando el agua, a los organismos acuáticos y a las poblaciones humanas, que consumen el agua y el pescado (...)"¹⁸². Un ejemplo reciente de ello es la contaminación del lago Titicaca, una de las reservas de agua dulce de Sudamérica, el cual viene siendo contaminado parcialmente –junto con el desecho de residuos sólidos- por

¹⁷⁹ IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 191.

¹⁸⁰ PRESSLY en *BBC Mundo* (23 de setiembre de 2013) [en línea], s/p.

¹⁸¹ Cfr. IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 190.

¹⁸² IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 190.

la actividad minera, que utilizaría hasta 15 toneladas de mercurio por año para purificar el oro, cuyos residuos llegan al lago por un río. Según información de la prensa, en una investigación científica realizada por un especialista de la Universidad de Barcelona, el lago posee plomo y los peces del lago tendrían mercurio, cadmio, zinc y cobre, todo por encima de los niveles admitidos para el consumo humano¹⁸³.

2.2.1.3. Deforestación

La minería ilegal no solo contamina el ambiente, sino que también depreda los bosques. En la Amazonía, donde se desarrolla la denominada minería aluvial, miles de árboles son talados puesto que el ansiado mineral se encuentra depositado en suelos y fangos por debajo de ellos, razón por la cual la extracción de un recurso no es posible sin destruir el otro, poniendo en grave riesgo al ecosistema y el hábitat de gran biodiversidad¹⁸⁴. IPENZA y VALENCIA citan un estudio realizado por el Instituto Carnegie para la Ciencia de la Universidad de Standford y el Ministerio del Ambiente, que brinda algunas cifras sobre la deforestación a causa de la minería ilegal en Perú:

(...) en Madre de Dios (la principal zona de extracción minera en la Amazonía peruana) entre 1999 y 2012, la destrucción de bosques por el avance de la minería ilegal e informal ha aumentado de menos de 10 mil hectáreas. El mismo estudio estima que la tasa de expansión de la minería en este departamento se ha triplicado de 2,166 has/año en el 2008 a 6,145 has/año en 2012 (...)¹⁸⁵.

En un cálculo basado en imágenes satelitales, realizado por el proyecto MAAP, a cargo de la Asociación para la Conservación de la Cuenca Amazónica (ACCA) y la Amazon Conservation Association (ACA), se ha concluido que entre

¹⁸³ BRICEÑO en *El Nuevo Herald* (02 de marzo de 2017) [en línea], s/p.

¹⁸⁴ INSTITUTO DE LA AMAZONÍA PERUANA y MINISTERIO DEL AMBIENTE, *Minería aurífera*, p. 24.

¹⁸⁵ IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 190.

octubre de 2012 y octubre de 2016 la minería ilegal de oro deforestó 12,500 hectáreas de bosque en la Amazonía sur del país, con mayor incidencia en Madre de Dios¹⁸⁶. Asimismo, el estudio señala que cerca de la mitad del área deforestada corresponde a zonas de amortiguamiento de tres áreas naturales protegidas: la Reserva Nacional Tambopata (Madre de Dios), el Parque Nacional Bahuaja Sonene (Madre de Dios y Puno) y la Reserva Comunal Amarakaeri (Madre de Dios)¹⁸⁷.

2.2.14. Impactos ambientales de la minería filoneana¹⁸⁸

En el caso de operaciones ilegales o informales de minería filoneana (o de socavón), como la realizada en el Sur Medio (Ica, Ayacucho y Arequipa), Puno y otras localidades con mineralización en vetas, los impactos ambientales generados en la explotación son menos significativos que los de la minería aluvial, pudiendo haber alteración del paisaje, acumulación del desmonte, contaminación con relaves y generación de polvo.

En cambio, en las operaciones de beneficio sí se registra impactos relevantes debido al uso inadecuado del mercurio, tanto en la preparación de la amalgama, como en el “refogado” de la misma.

2.2.2. Impactos sobre la salud humana

Como hemos referido en el punto anterior, la contaminación por mercurio atenta no solamente contra el ambiente, sino también de forma directa e indirecta en la salud de las personas, sobre todo en aquellas localidades que están próximas a los cursos de agua. Este es el caso de la población de Madre de Dios donde, producto

¹⁸⁶ En Madre de Dios el 90% de la actividad minera es ilegal o informal. En este territorio se desarrolla lo que se conoce como “minería aurífera aluvial”, en la cual para la extracción del oro en los suelos aluviales forzosamente se talan miles de hectáreas de bosques, Vid. IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), pp. 179-180.

¹⁸⁷ GARCÍA DELGADO en *El Comercio* (16 de noviembre de 2016) [en línea], s/p.

¹⁸⁸ Cfr. IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), p. 192.

de la minería aluvial que opera desde hace más de 50 años, se ha encontrado altos índices de mercurio -por encima de los límites máximos permisibles- en los miembros de la comunidad de Tres Islas, lo cual habría sido certificado por la Dirección Regional de Salud en 2013¹⁸⁹. La ingesta se da principalmente por el consumo de pescados contaminados con este metal pesado.

Producto de esto el Gobierno peruano declaró en emergencia 11 distritos de Madre de Dios por alta contaminación, pues según Informe Técnico N° 00008-2016-Indeci/11.0 elaborado por el Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI) de fecha 17 de mayo de 2016 “la contaminación con mercurio del aire, agua, sedimentos y peces, es consecuencia de las prácticas inadecuadas utilizadas por la minería ilegal e informal durante la extracción y beneficio del oro aluvial”, lo que ha provocado serios, crónicos y complejos problemas de salud en la población¹⁹⁰.

2.2.3. Impactos socioeconómicos

La minería ilegal no genera daños exclusivamente ambientales, sino que también trasciende a otros intereses de la sociedad. A esta actividad se la ha relacionado con la comisión de ilícitos graves de delincuencia organizada, tales como la trata de personas, el tráfico de drogas o el lavado de dinero; así como también se evaden impuestos al fisco, en detrimento de las comunidades afectadas por la explotación de los recursos.

En su momento fue muy cuestionada la decisión del legislador de no incluir a la minería ilegal en los alcances normativos de la Ley N° 30077 – Ley contra el Crimen Organizado publicada el 20 de enero de 2013¹⁹¹. El reciente D. Leg. N° 1244 publicado en el Diario oficial el 29 de octubre de 2016, dirigido a mejorar los mecanismos de lucha contra la criminalidad organizada, ha modificado el artículo 3° de la Ley N° 30077, incorporando a la lista de delitos comprendidos por dicha ley, en su numeral 15, a los “delitos ambientales en las modalidades

¹⁸⁹ EL COMERCIO en *El Comercio* (26 de mayo de 2016) [en línea], s/p.

¹⁹⁰ EL COMERCIO en *El Comercio* (23 de mayo de 2016) [en línea], s/p.

¹⁹¹ Vid. CARO CORIA en *Ley contra el Crimen Organizado*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.), pp. 240-244.

delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E”.

2.2.3.1. Trata de personas con fines de explotación laboral y prostitución de menores

En los precarios campamentos mineros donde se ejerce la minería ilegal se explota a menores de edad para realizar labores de alto riesgo, sin observar mecanismo alguno de seguridad ocupacional, ni mucho menos de seguridad social. Asimismo en zonas de explotación tales como Huepetuhe, Dos de Mayo, Jayave, La Tranquera, Puerto Luz, Guacamayo, La Rinconada entre otros, se ha observado más de un centenar de bares y cantinas (denominados “prostibares”), donde muchas mujeres son víctimas de trata con fines de explotación sexual, las que generalmente son llevadas desde otras regiones o países mediante argucias de ofrecimiento de un trabajo digno¹⁹².

PRADO SALDARRIAGA¹⁹³ señala en su estudio que, debido a la elevada cifra negra, las estadísticas judiciales sobre delito de trata de personas del período comprendido entre 2014 y 2016 “exhiben todavía cifras discretas en cuanto al registro de casos y condenas (...) No obstante en ellos se aprecia con meridiana claridad que el área geográfica donde tales ilícitos tienen actualmente mayor incidencia corresponde a zonas con actividad minera ilegal”. El legislador ha tomado en cuenta la existencia de esta realidad al momento de diseñar sus políticas para la erradicación de la minería ilegal. Así en el artículo 8° del D. Leg. N° 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal, dispuso lo siguiente:

¹⁹² Vid. INSTITUTO DE LA AMAZONÍA PERUANA y MINISTERIO DEL AMBIENTE, *Minería aurífera*, pp.67-68; BBC MUNDO en *El Comercio* (13 de abril de 2016) [en línea], s/p.

¹⁹³ PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada*, pp. 366-381.

En los casos que como consecuencia de las acciones de interdicción llevadas a cabo en las zonas señaladas se identifiquen víctimas de trata de personas, trabajo infantil y trabajo forzoso, el representante del Ministerio Público remitirá la comunicación respectiva de manera inmediata al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a efectos de que realice las acciones conducentes a atención y recuperación.

2.2.3.2. Evasión tributaria

La prensa nacional informó que en 2015 la evasión tributaria en el país ascendió a 25 mil millones de soles, correspondiendo el 80% de dicho monto a la minería informal¹⁹⁴. Para darse una idea, un estudio estima que en Madre de Dios cada año se producen al menos “16 000 kg de oro por un valor de S/. 1 600 millones. Si los mineros pagaran sus impuestos de Ley la Región podría recibir al menos unos S/. 50 millones anuales en canon minero, sin embargo apenas recibe S/. 42 000 (cifra del año 2009)”¹⁹⁵.

2.2.3.3. Narcotráfico y lavado de activos

GARCÍA CAVERO sostiene que el sector minero es particularmente atractivo para otorgar apariencia de legalidad a capitales de origen delictivo, fundamentalmente por dos razones: i) porque el volumen económico de las operaciones del sector minero permiten que la legitimación de grandes sumas de dinero se dé con relativa rapidez, y ii) porque esta actividad extractiva está generalmente dirigida a la exportación, por lo que dada la transnacionalidad de las operaciones es más fácil ocultar su origen delictivo¹⁹⁶. Afirma el autor que “la relevancia administrativa de la actividad minera en relación con el lavado de activos alcanza también a la minería ilegal como posible delito previo (...) las enormes ganancias que esta actividad ilegal genera,

¹⁹⁴ BESSOMBES en *La República* (04 de agosto de 2015). [en línea], s/p.

¹⁹⁵ INSTITUTO DE LA AMAZONÍA PERUANA y MINISTERIO DEL AMBIENTE, *Minería aurífera*, p. 68.

¹⁹⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado*, p. 209.

requieren ser lavadas para evitar la detección de su origen delictivo, así como su incautación y decomiso”¹⁹⁷. En vista de esta notoria vinculación, el Ejecutivo emitió el D. Leg. N° 1106, que promueve la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y crimen organizado.

Se han visto casos muy mediáticos que evidencian lo dicho, como la reciente detención de Pedro Pérez Miranda, alias ‘Peter Ferrari’, quien estuvo en la mira de la Fiscalía Especializada en Lavado de Activos por operaciones ilícitas vinculadas a la minería ilegal y tráfico de oro. Así como este caso, en la actualidad se investigan a otras muchas organizaciones dedicadas a lo mismo¹⁹⁸.

El blanqueo del oro ilegal se produce por diferentes modalidades: i) a través de concesiones mineras en zonas permitidas para la minería, cuyos titulares aducen estar en proceso de formalización, ii) a través de pequeñas comercializadoras de oro que se encuentran en la Carretera Interoceánica y que dependen de empresas comercializadoras más importantes, y iii) por contrabando del mineral a Bolivia y Brasil, desde donde se exportarían a refinerías en Estados Unidos, Europa y Asia; finalmente el oro ilegal ingresa al circuito global legal¹⁹⁹.

Asimismo, según información periodística, un reporte elaborado por el Departamento de Estado norteamericano ha incorporado a Perú en la “lista negra” de 85 países donde se lavan las mayores cantidades de dinero de las organizaciones criminales relacionadas con el narcotráfico y otras actividades complementarias como la minería aurífera ilegal, el contrabando de mercancías y la tala ilícita. Según dicho

¹⁹⁷ Sobre la función de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) en la prevención y detección de actos de lavado de activos, y su relación con el sector minero, Vid. GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado*, pp. 209-212.

¹⁹⁸ Vid. EL COMERCIO en *El Comercio* (04 de enero de 2017) [en línea], s/p; BRICEÑO en *El Comercio*. (08 de agosto de 2015) [en línea], s/p.

¹⁹⁹ El proceso del lavado de oro en mayor detalle, Vid. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL, *Las rutas del oro*, pp. 286-287.

documento, entre enero de 2007 y marzo de 2016 se lavaron más de 2 mil 901 millones de dólares en el Perú, conforme con un reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Casi la mitad de dichos fondos ilícitos, el 42% tuvo su origen en actividades de narcotráfico, un 34% la minería ilegal de oro y 7% en actos de corrupción gubernamental²⁰⁰.

IPENZA y VALENCIA²⁰¹ habían ya tratado, en su estudio del año 2014, sobre el nexo existente entre la minería ilegal y el narcotráfico, refiriendo que:

Según informes no públicos de la PNP y declaraciones del representante de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, el comercio del oro se habría convertido en un mecanismo para lavar dinero, coincidiendo dichos informes con lo señalado en los informes de las agencias internacionales de lucha contra el narcotráfico. La forma en que se lava es compleja y variada: básicamente, las ganancias de las drogas son usadas para comprar oro (como joyas o lingotes), el cual es trasladado a través de las fronteras y/o vendido a través de procesos o transacciones de exportación (...)

2.3. El delito de minería ilegal en el ordenamiento peruano

2.3.1. Breve referencia a la protección jurídica del medio ambiente

El “derecho al medio ambiente” ha sido calificado como un derecho humano emergente. Se dice esto porque ha surgido en algún momento de la evolución de los derechos humanos, los que en sus inicios -con las revoluciones liberales- consistieron en el reconocimiento de ciertas libertades esenciales del hombre (vg. igualdad ante la ley, derecho a la libertad, a la vida, entre otros) basados principalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Asamblea Nacional francesa de 1789

²⁰⁰ PÁEZ en *La República* (03 de marzo de 2017) [en línea], s/p.

²⁰¹ IPENZA/VALENCIA en *La realidad de la minería*, HECK (Coord.), pp.183-184.

²⁰² Vid. SORIANO/BRUFAO, *Claves de Derecho ambiental III*, p. 15.

(derechos humanos de primera generación). Así como a mediados del siglo XIX, por influencia de la cruda realidad de los trabajadores y su lucha por mejorar sus condiciones, se establecieron nuevos derechos humanos de carácter económico y social (vg. derecho al trabajo, a la educación y demás pertenecientes a una segunda generación), el reconocimiento de ciertos principios que tienen relación con la protección ambiental se ha dado hace relativamente poco, a fines del siglo XX.

El punto de partida concreto del “derecho al medio ambiente” se gesta con la Declaración de Estocolmo de 1972, primera gran conferencia de la Organización de Naciones Unidas sobre cuestiones ambientales del plano internacional que marcó un hito en el desarrollo de la política internacional del medio ambiente²⁰⁴. Tras ello, se ha establecido en muchas Constituciones el derecho a un medio ambiente sano, el cual integra una tercera generación de derechos humanos. Señalan esta tendencia SORIANO y BRUFAO, haciendo mención a que “el Tribunal Constitucional alemán ya define el Estado no solamente como Social de Derecho, sino Social y ambiental de Derecho”.

Sobre la tutela jurídica del ambiente existen dos posiciones contrarias: a) la visión ecocéntrica o biocéntrica y b) la visión antropocéntrica. La primera entiende que “todos los elementos ambientales (aire, mar, plantas, etcétera) tienen inmanente un valor que los hace merecedores de protección jurídica”; es decir, entiende a la naturaleza como un sujeto de derechos, un fin en sí mismo²⁰⁶. Por su parte la tesis antropocéntrica asume que se justifica la protección del ambiente en la medida que sea beneficioso para el ser humano.

²⁰³ Cfr. SORIANO/BRUFAO, *Claves de Derecho ambiental III*, pp. 15-17; RUBIO CORREA, *Para conocer la Constitución*, pp. 11-19.

²⁰⁴ CUADRADO RUIZ en *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.), p. 621.

²⁰⁵ SORIANO/BRUFAO, *Claves de Derecho ambiental III*, p. 16.

²⁰⁶ Vid. CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, p. 337.

A su vez dentro del antropocentrismo existe una postura radical que exige que el menoscabo ambiental vaya necesariamente ligado a la afectación de bienes jurídicos individuales; y una moderada que entiende al ambiente como un bien jurídico autónomo y digno de ser protegido, pero es custodiado en la medida que resulta fundamental para el desarrollo de la vida de las personas²⁰⁷. La doctrina mayoritaria, entre ellos GARCÍA CAVERO, se adscribe al antropocentrismo moderado, entendiendo que el bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente es “el medio ambiente natural en cuanto favorece de manera directa o indirecta la vida y el desarrollo de las personas”²⁰⁸.

El Perú no ha sido indiferente a esta corriente que ha tomado conciencia sobre la protección del medio ambiente, y el Congreso Constituyente de 1993 ha reconocido en el art. 2º, inc. 22 de la Carta Magna el derecho fundamental “(...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. De dicha redacción se puede concluir que el legislador constitucional peruano ha asumido una visión antropocéntrica, puesto que reconoce al ambiente “equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” como un derecho de la persona, justificando su protección en la medida que resulte beneficioso para el ser humano²⁰⁹.

La protección legal de este bien jurídico se concreta en nuestro país mediante las dos manifestaciones del *ius puniendi* estatal: i) en vía administrativa, referida a la supervisión de las actividades reguladas de los particulares que tienen alguna incidencia en la estabilidad del medio ambiente y sus recursos naturales, cuya eventual infracción es castigada por el Derecho administrativo sancionador; y ii) en sede penal, se han tipificado como delitos ciertas conductas que poseen la entidad necesaria para vulnerar el medio ambiente de forma grave. El ámbito de nuestro estudio se circunscribe a esta segunda vía de protección jurídica, y de manera específica a los delitos referidos a la minería ilegal, cuyos elementos serán analizados más adelante. Cabe indicar que suscribimos la opinión de CARO CORIA y otros, sobre la

²⁰⁷ Cfr. LÓPEZ RUIZ, *Actualidad penal*22 (abril de 2016), pp. 351-352.

²⁰⁸ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 839.

²⁰⁹ Cfr. CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, pp. 336-339; Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 836-841.

conveniencia de adoptar una visión antropocéntrica del ambiente de cara a su protección penal, puesto que ésta garantiza el respeto a los principios de intervención mínima y fragmentariedad, los que podrían verse comprometidos si se considerase una postura ecocéntrica²¹⁰.

2.3.2. Aspectos generales de los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales

De conformidad con lo expuesto, actualmente el Derecho penal ha experimentado una expansión cuyo origen se encuentra en el surgimiento de nuevos bienes jurídicos. Como el Derecho no es ajeno a la realidad, sino que es cambiante como ella, ante nuevas realidades que ameritan la intervención del Derecho penal o a otras valoraciones de intereses preexistentes, que antes no se consideraban como necesitados de protección penal (como sucede con el medio ambiente), se han ido incorporando nuevas conductas al cuerpo normativo penal²¹¹.

GARCÍA CAVERO comenta que existen dos posturas respecto a la intervención del Derecho penal en la protección del medio ambiente. Un sector minoritario estima que no debería utilizarse este mecanismo para tal finalidad²¹², y otro, que ha tenido mayor arraigo, encuentra necesario punir las conductas especialmente graves contra el ambiente²¹³, en tanto “las figuras delictivas clásicas no son óptimas para abarcar las conductas que lesionan gravemente el medio ambiente y (...) la respuesta meramente administrativa resulta insuficiente para controlar el problema del deterioro ambiental”²¹⁴.

²¹⁰ Cfr. CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, p. 339.

²¹¹ Vid. HERRERA GUERRERO, *La negociación*, pp. 31-36; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 11.

²¹² Vid. CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, p. 345, en cuyo trabajo mencionan algunos autores de este sector minoritario.

²¹³ A favor de una ampliación del principio de protección de bienes jurídicos, Vid. ROXIN, *La teoría del delito*, pp. 64-65.

²¹⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 833.

Quede claro que no pretendemos dilucidar la conveniencia o inconveniencia de recurrir a la vía penal para la protección del medio ambiente; esta cuestión, debido a su complejidad y vastedad escapa a los alcances de esta monografía²¹⁵. Sin embargo, creemos justificable la postura que acepta la necesidad de protección penal, pues de un vistazo a la realidad “se constata la insuficiencia de los medios de control informales, como la educación o el mercado, y los formales, especialmente por las limitaciones preventivas del Derecho administrativo (...)” para hacer frente a la problemática²¹⁶.

En todo caso, el legislador penal peruano se ha decantado por la creación de figuras delictivas que atentan contra el medio ambiente, y en un inicio decidió hacerlo en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990 -reemplazado por la vigente LGA-, cambiando posteriormente de idea para introducir los delitos en el CP²¹⁷. De este modo, mediante D. Leg. N° 1102 se incorporaron al Título XIII del Libro segundo (parte especial) del CP los ilícitos penales originalmente denominados “Delitos contra la ecología”, que a partir de las modificaciones del 2008²¹⁸ han pasado a llamarse “Delitos Ambientales”, y se han estructurado en tres capítulos:

- i) Delitos de contaminación
- ii) Delitos contra los recursos naturales
- iii) Actuaciones irregulares de los funcionarios públicos y auditores ambientales en ejercicio de sus funciones.

Existe un cuarto capítulo en el Título XIII, pero no recoge conductas delictivas, sino medidas cautelares y exclusión o reducción de penas, aplicables a los ilícitos contenidos en el Título. Los delitos de minería ilegal que ocupan nuestro estudio, se

²¹⁵ Vid. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, pp. 12 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 25 y ss.

²¹⁶ CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, pp. 406-407.

²¹⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 834.

²¹⁸ Sobre el contexto político-social de los compromisos asumidos por el Perú en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos que impulsó la reforma de los delitos contra el medio ambiente y recursos naturales, Vid. LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental*, p. 185.

encuentran contenidos en el primer capítulo referido a los delitos de contaminación.

2.3.2.1. Bien jurídico penalmente protegido

Dada la visión antropocéntrica moderada asumida en nuestra norma suprema, GARCÍA CAVERO señala que lo que protegen los delitos ambientales es “el ambiente natural en cuanto favorece de manera directa o indirecta la vida y el desarrollo de las personas”²¹⁹. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha sostenido algo parecido en su Sentencia Casatoria N° 383-2012, La Libertad del 15 de octubre de 2013 donde, sobre el objeto de protección del Derecho penal en los delitos del Título XIII CP, refirió que: “es el medio ambiente, los elementos biológicos que constituyen el involucro natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre, que parte de la consideración del derecho humano de tercera generación, reconocido en el inciso veintidós, del artículo dos de la Constitución Política del Estado Peruano”.

Sin embargo, CARO CORIA ha especificado que, en estricto, el bien jurídico sería la estabilidad del ecosistema, pues la estabilidad entendida como la “capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir perturbaciones externas, de origen natural o humano” se muestra acorde con su necesidad de protección penal. Asimismo, permite entender que no cualquier actividad humana perturba esa capacidad de resistencia, sino solamente aquellas que pueden producir un gran impacto ambiental²²⁰. GARCÍA CAVERO²²¹ se muestra de acuerdo con dicha precisión, pues afirma que “los delitos ambientales no eliminan o desintegran un ecosistema, sino que lo desestabilizan en el sentido de no poder compensar por sí mismo la alteración funcional producida”; sin embargo, opina que la idea de la protección penal continúa siendo difusa pues el Derecho penal no podría

²¹⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 839.

²²⁰ Cfr. CARO CORIA en *Ley contra el Crimen Organizado*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.), pp. 260-261.

²²¹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 839-840.

proteger una estabilidad que ha sido ya afectada por el delito. Por dichas razones, y aplicando la teoría de la reestabilización de la pena que hemos asumido, el autor llega a la conclusión de que lo realmente protegido por el Derecho penal es la expectativa normativa de conducta de que las actividades humanas que inciden en el medio ambiente natural no produzcan un deterioro que pueda llegar a desestabilizarlo, y lo haga impropio para el desarrollo de la vida de las personas²²².

2.3.2.2. Técnica legislativa

La técnica de tipificación empleada por el legislador para la protección penal del medio ambiente reviste ciertas características que es necesario conocer. GARCÍA CAVERO²²³ identifica que se ha empleado dos técnicas concretas: i) se ha estructurado los delitos ambientales como delitos de peligro abstracto y, específicamente, cumulativos; y, ii) se ha empleado la técnica de la accesoriedad administrativa para establecer las conductas penalmente relevantes (ley penal en blanco).

Al ser delitos que siguen la lógica cumulativa, la fijación de la peligrosidad de la conducta adquiere una peculiaridad respecto de los delitos de peligro abstracto, permitiendo sancionarse algunas conductas cuya peligrosidad individual sobre el ambiente es insignificante, pero que atendiendo a la futura reiterancia de estos hechos y vistos en conjunto revisten un potencial destructivo importante. Esto siempre y cuando se trate de un peligro realista y que cada aporte individual sea idóneo para afectar al ambiente.

Por otro lado, para tipificar las conductas se ha recurrido a la técnica de la ley penal en blanco, debido a que la regulación de determinadas actividades peligrosas, como las relacionadas con materia ambiental:

²²² Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 840.

²²³ Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 841-851.

(...) está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etc. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco²²⁴.

Entonces, se da una accesoriadad administrativa en cuanto a la definición de lo penalmente protegido. GARCÍA CAVERO afirma que el legislador se ha decantado – acertadamente- por una accesoriadad administrativa relativa, por lo que no se castiga como delito las conductas realizadas conforme a la normativa administrativa, ni los actos que solamente van contra las funciones de supervisión de la autoridad administrativa ambiental; en definitiva, la imposición de la pena en materia ambiental encontrará sustento en un “desvalor de la acción o el resultado por encima de la mera infracción de las normas administrativas”²²⁵.

Como manifestación de esta accesoriadad administrativa tenemos a la figura del “informe fundamentado” que exige el art. 149.1° LGA. Este es un documento de carácter jurídico, elaborado por la autoridad ambiental competente (EFA nacionales, regionales o locales con facultades de fiscalización ambiental en la materia específica) que tiene por finalidad brindar al Fiscal información sobre la normatividad administrativa que complementa el tipo penal investigado. Este informe tiene mucha trascendencia en los delitos del Título XIII CP puesto que, pese a no tener carácter vinculante, constituye un requisito de procedibilidad en dichas investigaciones²²⁶.

²²⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 13.

²²⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 844.

²²⁶ Cfr. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL, *Entidades de Fiscalización Ambiental*, pp. 12-13.

2.3.3. Tipificación del delito de minería ilegal

Hacia fines del año 2009 la actividad minera en Perú se expandió de forma descontrolada, por lo que la necesidad de regulación de dichas actividades extractivas se reveló urgente. En la medida que la minería es intrínsecamente dañina para el medio ambiente, y su realización ilegal incrementa sus impactos negativos, el Estado se ha visto en la necesidad de adoptar medidas legales para su erradicación o, al menos, su formalización²²⁷.

En 2010 se aprobó el Decreto de Urgencia N° 012-2010 que tuvo por finalidad hacer frente a la minería ilegal en Madre de Dios, “tomando medidas de suspensión de petitorios mineros, establecimientos de zonas de exclusión minera, decomiso de dragas y artefactos similares, procesos de formalización de la actividad minera en zonas permitidas, entre otros”²²⁸. Es así como a partir del caso de Madre de Dios, “en el Perú se formularon políticas de alcance nacional para la regulación de la pequeña minería y minería artesanal y para la contención de la minería ilegal”²²⁹.

A pesar de estas medidas, afirma GARCÍA CAVERO que el problema de la minería ilegal no fue solucionado sino que por el contrario, estudios confirmaron el incremento significativo de esta actividad, así como que su lesividad no era exclusivamente ambiental, sino que -como hemos analizado en el subcapítulo 2 del presente capítulo- trascendía a otros intereses sociales como la salud pública, la recaudación tributaria, así como sus nexos con la delincuencia organizada como los casos comentados de la trata de personas, el tráfico de drogas o el lavado de dinero. Ello motivó al legislador a tomar la decisión de incorporar dentro de los delitos contra el medio ambiente –específicamente en el capítulo de los delitos de contaminación-, ciertas conductas referidas a la minería ilegal mediante la emisión del D. Leg. N° 1102 del 29 de febrero de 2012²³⁰. Dicha norma introdujo, entre otros, el tipo penal básico de minería ilegal en el art. 307°-A CP, en el cual nos centraremos para los propósitos de nuestra investigación, bajo la redacción siguiente:

²²⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 920.

²²⁸ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 920.

²²⁹ SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL, *Las rutas del oro*, p. 239.

²³⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 920-921.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Recientemente el Ejecutivo ha emitido el controvertido D. Leg. N° 1351, publicado el 07 de enero de 2017, mediante el cual modifica el art. 307°-A CP:

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Ha sido polémico que el D. Leg. N° 1351 haya resuelto, en su Única Disposición Complementaria Final, que están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal, quienes se encuentren en los siguientes supuestos²³¹:

²³¹ El ex ministro del Ambiente, Manuel Pulgar Vidal, y ex vice ministro de Gestión Ambiental, Mariano Castro, han realizado un informe donde cuestionan que el Ejecutivo “perdona el delito de minería ilegal y genera un manto de impunidad”, Vid. HUACASI en *La República* (09 de enero de 2017) [en línea], s/p.

- a. El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización;
- b. El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1293.

2.3.3.1. Necesaria distinción entre minería ilegal y minería informal

Muchas veces los medios de comunicación emplean los términos “minería ilegal” y “minería informal” de forma indistinta, como si se tratara de una misma realidad. Lo cierto es que los decretos legislativos vinculados a la lucha contra la minería ilegal hacen un distingo entre ambas condiciones²³². El D. Leg. N° 1105, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, define a la minería ilegal (art. 2°, literal a) como la:

Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio.

Por su parte, el concepto de minería informal (art. 2°, literal b) refiere a la:

Actividad minera que es realizada usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico,

²³² Vid. IPENZA PERALTA, *Manual para entender*, pp. 31-33.

social y medioambiental que rigen dichas actividades, en zonas no prohibidas para la actividad minera y por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad que hayan iniciado un proceso de formalización conforme se establece en el presente dispositivo.

Como se puede colegir, lo común en ambos casos es no contar con autorización de la autoridad competente para la actividad minera; pero la diferencia entre las dos figuras se encontraría en circunstancias específicas que pueden apreciarse mejor en el siguiente cuadro:

	Minería ilegal	Minería informal
Actividad minera en zona de exclusión	X	
Actividad minera en zona permitida, pero sin autorización	X	X
En proceso de formalización conforme al D. Leg. N° 1105		X

Pero eso no sería lo único a tener en cuenta, pues para que una conducta pueda ser reprimida como delito de minería ilegal haría falta el elemento fundamental del daño real o potencial producido por la conducta al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental; este daño ha de ser capaz de alterar real o potencialmente el equilibrio ecosistémico que se protege en la medida que favorece al adecuado desarrollo de la vida humana²³³. Por ello nos mostramos de acuerdo con el criterio esbozado por HUAMÁN CASTELLARES, para quien es primordial no perder de vista el objeto de la protección de este delito: el medio ambiente²³⁴ (para nosotros, la expectativa social de la no realización de acciones que causen o puedan causar un grave

²³³ Vid. *supra*. 2.3.2.1.

²³⁴ El autor entiende que el objeto de protección no sería la punición de la minería ilegal en cuanto actividad ilícita, sino que lo que realmente tornaría en ilegal la conducta es el daño (efectivo o potencial) producido al medio ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental; esto se condice con el hecho de que el delito de minería ilegal se encuentra ubicado entre los delitos de contaminación ambiental: Vid. HUAMÁN CASTELLARES, *Gaceta penal & procesal penal* 62 (agosto de 2014), pp. 167-168.

desequilibrio al ecosistema). De ahí que para el autor, la relación entre minería informal y minería ilegal sería una de género-especie:

(...) el género al que pertenecen todos aquellos mineros que realizan la actividad sin contar con la autorización administrativa, es el de los mineros informales. En este género existen dos grupos, diferenciados por el daño causado por su actividad: a) los mineros informales en sentido estricto, quienes con su actividad no generan un daño al ambiente, ni se encuentran en potencialidad de generarlo, sino tan solo realizan su actividad sin contar con la autorización correspondiente; b) los mineros ilegales, quienes con su accionar ocasionan o pueden generar un daño ambiental (...)²³⁵

2.3.3.2. Sujetos

De una lectura literal podría dar la impresión de que estamos ante un delito común (que puede cometer cualquier persona); sin embargo, GARCÍA CAVERO advierte que si se pone mayor atención a la redacción del art. 307°-A CP puede inferirse que el tipo penal está dirigido a las personas que realizan actividad minera ilegal²³⁶. A partir de dicha premisa, el autor entiende que se encontrarían fuera de su ámbito de aplicación las conductas contaminantes ocasionadas por mineros que operan legalmente (sin perjuicio de que sus conductas puedan ser subsumibles en el delito de contaminación del art. 304 CP, de cumplir con los elementos del tipo), siendo el sujeto activo de este delito sólo quien realiza actividad minera sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, de conformidad con el tenor literal del tipo penal²³⁷. Por tanto, se entiende también excluida de la aplicación del tipo penal la denominada actividad minera informal, cuyas notas definitorias no permiten que se identifique con la minería ilegal, tal como hemos tenido oportunidad de revisar en el subapartado anterior.

²³⁵ HUAMÁN CASTELLARES, *Gaceta penal & procesal penal* 62 (agosto de 2014), p. 168.

²³⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 921.

²³⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 921-922.

En cuanto al sujeto pasivo del delito de minería ilegal, según GARCÍA CAVERO²³⁸ éste vendría a ser “la colectividad que se desarrolla en el entorno natural afectado por la acción contaminante”. Acota que el titular no es un ente colectivo distinto a los sujetos individuales que conforman la comunidad, puesto que el medio ambiente equilibrado es un derecho reconocido a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, por tanto su protección es colectiva.

2.3.3.3. Conducta típica

Producto de la accesoriadad administrativa en su técnica de tipificación, para delimitar adecuadamente lo que se reprime penalmente como minería ilegal es imprescindible acudir a la definición de esta actividad en la normativa administrativa²³⁹. CARO CORIA entiende que, por el sentido de las definiciones contenidas en el D. Leg. N° 1105, el delito de minería ilegal contenido art. 307°-A CP bien podría subsumir tanto los supuestos de minería ilegal como los de minería informal²⁴⁰.

Por su parte, GARCÍA CAVERO -en su análisis del tipo penal antes de su última modificación- advirtió que la amplitud de la definición de la norma extrapenal no sería extrapolable al ámbito penal, pues debido a una manifestación del principio de legalidad el intérprete se encuentra estrictamente vinculado a la redacción del tipo penal. Dado que el art. 307°-A CP proscribía únicamente la conducta de quien realizara los verbos rectores “sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente (...)”, el autor concluyó que en el ámbito penal solo se entendería como minería ilegal aquellos supuestos en que la actividad se lleva a cabo en una zona de exclusión minera o, siendo la actividad posible, se realiza sin contar con el permiso administrativo necesario²⁴¹. Hallamos correcta esta

²³⁸ Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 862-863, 922.

²³⁹ Vid. *supra*. 2.3.3.1.

²⁴⁰ Vid. CARO CORIA en *Ley contra el Crimen Organizado*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.), pp. 250-254.

²⁴¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 922-924.

postura pues, como la hemos asumido, la accesoriad administrativa en la tipificación de ilícitos ambientales es relativa²⁴².

Ahora bien, tras la reforma efectuada por el D. Leg. N° 1351, el legislador penal ha añadido una nueva conducta típica que recae sobre quien realiza los verbos rectores encontrándose “fuera del proceso de formalización”. Para mayor claridad, podemos efectuar un cuadro comparativo entre las conductas típicas contenidas en la norma anterior y las recogidas tras su modificación:

	Antes	Ahora
Conducta típica	En zona de exclusión minera (pues implica imposibilidad de contar con autorización).	En zona de exclusión minera (pues implica imposibilidad de contar con autorización).
	En zona permitida, pero sin autorización.	En zona permitida, pero sin autorización.
	-	Fuera del proceso de formalización.

En nuestra opinión, este cambio resulta intrascendente, puesto que partiendo de la interpretación efectuada por el profesor GARCÍA CAVERO, y con los mismos argumentos que permitían excluir del ámbito de aplicación del art. 307°-A CP a la actividad minera informal²⁴³, es perfectamente factible desvirtuar la posibilidad jurídica de esta nueva conducta típica. Como hemos analizado, las notas características de la minería informal, y que la diferencian de la ilegal, según la norma extrapenal serían: a) que la actividad minera se desarrolle en zona permitida, y b) sin autorización, pero en proceso de formalización. De ello se deduce fácilmente que la actividad minera ilegal, tal como fue originalmente concebida, no es “formalizable”; por tanto en nuestra opinión, sería un imposible jurídico que la misma se encontrara “dentro de un proceso de formalización”.

²⁴² Vid. *supra*. 2.3.2.2.

²⁴³ Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 924.

2.3.3.4. Resultado típico

El delito de minería ilegal por su redacción admite dos formas de realización: “que *cause* o *pueda causar* perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental”. Por ello, algunos autores entienden que se trata de un delito de peligro concreto (pueda causar) o de resultado de lesión (cause), según el nivel de consumación de la acción²⁴⁴.

Para GARCÍA CAVERO, el que terminológicamente se haya previsto que la conducta “pueda causar perjuicio” determina que el tipo penal no encuentre cabida dentro de la estructura de un delito de lesión, siendo su ámbito el de los delitos de peligro.²⁴⁵ En opinión de CARO CORIA y otros, el empleo de la técnica del delito de peligro resulta imperioso para la tutela de bienes jurídicos de carácter macrosocial o colectivo, pues proteger exclusivamente la lesión efectiva resultaría ineficiente para tratar con nuevas fuentes de peligro como se da en el caso de los perjuicios al ambiente²⁴⁶.

GARCÍA CAVERO llega a la conclusión de que el delito de minería ilegal tiene una estructura alternativa, pudiendo producirse como: a) un delito de peligro concreto en relación con el medio ambiente o sus componentes, o como b) un delito de peligro abstracto, bajo la lógica cumulativa, en relación con la calidad y salud ambientales. Asimismo, advierte que en el delito de minería ilegal no se exige que el peligro (concreto o abstracto) sea grave, a diferencia del delito de contaminación ambiental (art. 304° CP) en el que expresamente así se ha requerido²⁴⁷.

²⁴⁴ Vid. HUAMÁN CASTELLARES, *Gaceta penal & procesal penal* 62 (agosto de 2014), pp. 170-171; ORÉ SOSA, *Actualidad penal* 8 (febrero de 2015), p. 190.

²⁴⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 875.

²⁴⁶ Cfr. CARO CORIA/REYNA ALFARO/REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho penal económico*, p. 479.

²⁴⁷ Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 875-883 y 924-925.

2.3.3.5. Elemento subjetivo

El delito de minería ilegal se castiga ya sea a título de dolo (art. 307°-A CP, primer y segundo párrafo) o de culpa (art. 307°-A, tercer párrafo). El dolo debe abarcar cada uno de los elementos del tipo, siendo especialmente relevante el referido a la autorización de la autoridad competente para realizar la actividad minera²⁴⁸, el cual en opinión de GARCÍA CAVERO no sería difícil de acreditar debido al enorme eco mediático que ha tenido en el país la minería ilegal y sus efectos lesivos²⁴⁹.

Diversos autores coinciden en que es poco probable que se pueda dar la comisión culposa de la conducta, por ser muy difícil invocar un desconocimiento en cuanto a la necesidad de contar con autorización de la entidad ambiental competente para el ejercicio de la actividad minera; sin perjuicio de ello, no descartan algún supuesto de error vencible²⁵⁰.

2.3.3.6. Penalidad y consecuencias jurídicas del delito

2.3.3.6.1. Pena

Para su modalidad dolosa del delito de minería ilegal, el legislador ha establecido en el primer párrafo del art. 307°-A CP una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa. Podemos observar que el legislador ha decidido imponer una pena compuesta al emplear la conjunción “y”, determinando que de forma cumulativa se castigue la comisión de este delito con una pena privativa de libertad y una pena de multa²⁵¹.

²⁴⁸ Cfr. CARO CORIA en *Ley contra el Crimen Organizado*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.), p. 264.

²⁴⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 925.

²⁵⁰ Vid. ORÉ SOSA, *Actualidad penal* 8 (febrero de 2015), p. 190; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, p. 926.

²⁵¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 690-691.

En cambio, para la modalidad culposa prevista en el tercer párrafo del art. 307°-A CP, la pena a imponerse será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas. En este caso, el legislador se ha decantado por una pena alternativa, como lógicamente indica la disyunción “o”, pudiendo castigarse la comisión culposa del delito de minería ilegal ya sea con pena privativa de libertad, o con una pena limitativa de derechos, como es la prestación de servicios a la comunidad²⁵².

Asimismo, el art. 307°-F CP establece que al agente del delito de minería ilegal se impondrá también pena de inhabilitación, conforme a lo establecido en el art. 36° inc. 4 CP, para obtener, a nombre propio o a través de terceros, concesiones mineras, de labor general, de beneficio o transporte de minerales metálicos o no metálicos, así como para su comercialización, por un período igual al de la pena principal.

2.3.3.6.2. Consecuencias accesorias

a. Decomiso

En una concreción de lo dispuesto por los arts. 102° CP y 316° CPP, el art. 314°-C CP señala que en los delitos ambientales del Título XIII del código sustantivo “el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito (...)”. Asimismo, se ha determinado que de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos; pero en ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

²⁵² Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, pp. 690-694.

b. Consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas

En caso la acción contaminante sea atribuible a la actividad de una empresa, GARCÍA CAVERO²⁵³ sostiene que lo razonable sería que, junto con la imposición de una pena, se analice también la posibilidad de aplicar a la persona jurídica alguna de las consecuencias accesorias previstas en el art. 105° CP, siendo lo más usual la clausura temporal o definitiva del establecimiento, si su funcionamiento no es posible sin contaminar de forma prohibida el ambiente.

2.3.3.6.3. Reparación civil

Si en el caso se determina que el acto ilícito ha originado daños, el Juez podrá imponer a los responsables, además de la pena, la obligación de pagar una reparación civil al agraviado. El profesor GARCÍA CAVERO²⁵⁴ ha dado su opinión favorable sobre la posibilidad de dar cabida a actos de reparación ambiental en el sentido que expresa el art. IX LGA: “el causante de la degradación del ambiente y de sus componentes (...) está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados (...)”. Para el autor, pese a que esta reparación difícilmente cabe en los conceptos de reparación civil del art. 93° CP, es posible realizar una interpretación extensiva y sistemática con el art. 94°, inc. 4 CPP.

²⁵³ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 946-947.

²⁵⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 945-946.

2.3.3.7. Circunstancias agravantes

En el art. 307°-B CP se ha previsto ciertas circunstancias agravantes²⁵⁵ del delito de minería ilegal, las cuales se sancionan con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años y con pena de multa de trescientos a mil días-multa. Las circunstancias son las siguientes:

- a) Cuando la actividad minera se desarrolla en zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.
- b) Cuando la actividad minera se realiza en áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.
- c) Cuando la actividad minera se realiza utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.
- d) Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.
- e) Si la actividad minera afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.
- f) Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.
- g) Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

²⁵⁵ Algunos comentarios sobre cada una de las circunstancias agravantes, Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 927-930.

CAPÍTULO III: ANALIZANDO EL MÉRITO DE LA OPORTUNIDAD

Habiendo estudiado por separado tanto a la figura del principio de oportunidad como al delito de minería ilegal, corresponde ahora concatenar las ideas obtenidas y analizar la cuestión de fondo de la investigación: ¿resulta apropiado o congruente que frente a la comisión del delito de minería ilegal pueda aplicarse el principio de oportunidad?

3.1. Análisis de adecuación entre el delito de minería ilegal y el principio de oportunidad

En el primer capítulo, hemos identificado el antecedente histórico más remoto del principio de oportunidad reglado en el Derecho alemán, donde surgió con la “Ley Emminger” del 04 de enero de 1924 (StPO) como una adaptación de la *discretion* del Derecho anglosajón para paliar deficiencias de su sistema judicial. Para tales fines, se contempló su aplicación respecto de delitos en que la pena a imponer era insignificante, la culpabilidad mínima o escaso el interés público en su persecución; es decir, nació como una discrecionalidad para acusar con base en criterios jurídicos de Derecho penal material.

El principio de oportunidad reglado del CPP peruano de 2004 tiene directa influencia del CPPMI redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Este código introdujo ciertos *criterios de oportunidad* a manera de excepción pues los sistemas jurídicos del mundo iberoamericano a los que estaba dirigido, por tradición, habían acogido un sistema inquisitivo que entroniza el principio de legalidad.

Entonces, estas excepciones en que consiste el principio de oportunidad estaban pensadas como correctivos del principio opuesto²⁵⁶.

De este modo nuestro sistema jurídico adoptó la figura del principio de oportunidad, al cual desde una perspectiva histórica y teleológica hemos identificado como un acto procesal penal que excluye el proceso a manera de solución alternativa al conflicto, y lo hace en supuestos establecidos taxativamente en la ley bajo criterios puramente materiales de necesidad y merecimiento de pena.

Por otro lado, en el capítulo segundo nos hemos ocupado de revisar la situación de la minería ilegal en el país, escudriñando en los motivos de diversa índole que han llevado al legislador peruano a considerar necesaria su tipificación como conducta delictiva. Como se ha podido apreciar, los impactos que es capaz de producir la minería que opera al margen de la ley sobre el medio ambiente, la salud humana, y otros intereses de la sociedad, tienen en potencia la entidad suficiente para plantearse la necesidad de su represión por parte del *ius puniendi* estatal.

Desde el plano ambiental, estamos ante un ilícito cuya alta trascendencia y nocividad ha sido reconocida por el mismo Estado, prueba de ello, que se haya regulado mediante el D. Leg. N° 1100 la interdicción de esta actividad²⁵⁷. Particularmente preocupante resulta la clara y recurrente vinculación de la minería ilegal con graves ilícitos de criminalidad organizada, tales como el narcotráfico y el lavado de activos. El gobierno peruano no es ajeno a esta realidad, y si bien en un inicio los delitos de minería ilegal no estaban comprendidos en la Ley N° 30077 – Ley contra el Crimen Organizado, mediante D. Leg. N° 1244 publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre de 2016, los “delitos ambientales en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E” fueron finalmente incorporados a la lista de delitos comprendidos por dicha norma.

²⁵⁶ Cfr. MAIER, *Antología*, p. 566.

²⁵⁷ Interdicción se refiere a acciones destinadas a suprimir, prohibir o vetar de manera inmediata la actividad minera ilegal, que incluyen el decomiso de los bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos, así como la destrucción o demolición de aquellos que por cuyas características o situación, no resulte viable su decomiso.

3.1.1. Oportunidad a la minería ilegal

Mediante el D. Leg. N° 1102, publicado en “El Peruano” el 29 de febrero de 2012, se introdujo un supuesto de aplicación del principio de oportunidad en los delitos de minería ilegal, contenido en el numeral 8 del art. 2° CPP. Con ello, según ÁVALOS RODRÍGUEZ²⁵⁸, se buscó optimizar la lucha contra la minería ilegal y el crimen organizado relacionado con la misma, dado que hasta ese momento el tratamiento a los delitos contra el medio ambiente había resultado ineficaz.

Tal como se ha regulado, nos queda claro que dicho criterio de oportunidad obedece a un intento del Ejecutivo por formalizar la actividad minera; el Estado peruano prevé un supuesto de oportunidad “premio” a manera de incentivo para quienes decidan reconducir su actividad por el camino de la legalidad. Así se desprende de la Primera Disposición Complementaria y Final del D. Leg. N° 1102 que prescribe:

Está exento de responsabilidad penal el agente de los delitos señalados en el párrafo anterior que, en un plazo máximo de ciento veinte días calendario computados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, se inserte en programas sostenidos de formalización de minería o de otras actividades económicas alternativas promovidas por la autoridad competente²⁵⁹.

PEÑA CABRERA FREYRE²⁶⁰ se ha mostrado en contra de dicha medida, al opinar que los criterios de oportunidad deberían aplicarse en los delitos de bagatela, aquellos cuyo disvalor resulte de significancia menor y por ende de escaso interés social su persecución. Esta característica, señala, suele verse reflejada en los

²⁵⁸ Cfr. ÁVALOS RODRÍGUEZ, *Mecanismos de simplificación*, p. 139.

²⁵⁹ Al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, *Los procesos penales especiales*, p. 142, critica que mediante dicha disposición complementaria se haya regulado una causal de exención de responsabilidad penal totalmente ajena a las contempladas en el art. 20° CP (parte general), al tratarse de la “sustracción de responsabilidad penal basada en fines políticos y sociales”, y no de una causa de justificación.

²⁶⁰ Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Los procesos penales especiales*, pp. 139-140.

marcos penales imponibles²⁶¹, como puede apreciarse en los literales a) y b), inc. 1 del art. 2° CPP, que exigen para aplicar algunos criterios de oportunidad que la pena mínima no supere los dos años de pena privativa de la libertad o, en otro supuesto, que en su extremo máximo no supere los cuatro años de pena privativa de libertad.

Sin embargo, el delito de minería ilegal en su tipo base (art. 307°-A CP) está sancionado con una pena no menor de cuatro años de pena privativa de libertad y una máxima de ocho años; mientras que en sus formas agravadas las penas van hasta los diez años de prisión. Más aún, el delito de financiamiento de la minería ilegal (art. 307°-C CP) contempla una pena mínima de cuatro y máxima de doce años de prisión.

Por ello, el autor concluyó que “se estaría promoviendo la aplicación de los criterios de oportunidad a delitos de meridiana gravedad, donde el contenido del injusto tiene un alto grado de disvalor, por lo que se estaría trastocando el uso de este mecanismo de justicia penal consensuada, para casos que no lo merecen”²⁶².

Podemos traer a colación lo opinado por la profesora HERRERA GUERRERO: “si consideramos los delitos leves, el acuerdo entre la víctima y el autor puede satisfacer los fines de la pena o, por lo menos, no perjudicarla significativamente. Pero si se trata de delitos graves, la negociación en el proceso penal no realiza de modo suficiente las exigencias de la prevención general”²⁶³. Consideramos que esta afirmación aplica con independencia de la concepción de función de la pena que uno conciba, y suscribimos plenamente el fondo de la idea.

²⁶¹ Aunque cabe señalar que nuestro cuerpo normativo penal adolece de una falta de proporcionalidad a nivel legislativo, por cuanto no siempre hay relación lógica entre la gravedad de la conducta prohibida y el margen punitivo previsto para esta. Un ejemplo de ello tenemos en el delito de abandono y actos crueles contra los animales domésticos y silvestres tipificado en el art. 206°-A que se sanciona hasta con cinco años de prisión, cuando tal severidad de castigo no se aprecia -por ejemplo- en el caso del aborto, sancionado por el art. 114° hasta con dos años de prisión, donde el perjudicado es un ser humano.

²⁶² PEÑA CABRERA FREYRE, *Los procesos penales especiales*, pp. 139-140.

²⁶³ HERRERA GUERRERO, *La negociación*, p. 278.

A nuestro modo de ver, PEÑA CABRERA FREYRE hace una crítica legítima pues, tal como lo hemos sostenido, el delito de minería ilegal es un delito pluriofensivo²⁶⁴ dado que su comisión afecta potencialmente a más de un bien jurídico a la vez, entre los que hemos señalado al medio ambiente y la salud, así como por conexión suele además atacar contra la libertad personal y el orden socioeconómico del Estado.

También encontramos criticable (aunque esto tiene que ver con la falta de proporcionalidad en la determinación del margen de penas abstractas para los distintos tipos penales) que respecto de algunos ilícitos como, por ejemplo, el delito contra los bosques o formaciones boscosas del art. 310° CP no pueda recurrirse al principio de oportunidad por no cumplir con el límite objetivo²⁶⁵ previsto por el art. 2° (ya sea por falta de necesidad de pena del -inc. 1- o por falta de merecimiento de pena -inc. 2), mientras que frente al delito de minería ilegal sí es permitido por una causal específica.

A criterio nuestro, dado su carácter pluriofensivo, el disvalor de acción del delito de minería ilegal es necesariamente mayor, e incluso en ocasiones (vg. minería aurífera aluvial²⁶⁶) suele concurrir con –o más bien, comprender- la tala y deforestación de bosques, resultando incongruente que el autor del ilícito más reprochable cuente con una salida alternativa que no le es permitida al que comete el otro²⁶⁷.

Ahora bien, estas consideraciones hechas desde un plano de generalidad y abstracción tienen que ser relativizadas, puesto que entendemos que el Derecho debe atender siempre al caso concreto en la medida que no todos los supuestos son iguales. Por ende, no

²⁶⁴ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, p. 313.

²⁶⁵ Los extremos de pena abstracta para este delito oscilan entre los cuatro y seis años de pena privativa de libertad.

²⁶⁶ Vid. *supra*. 2. 2.2.1.

²⁶⁷ En la práctica esto da como resultado que el autor del ilícito de minería ilegal se pueda acoger al principio de oportunidad y su delito no sea perseguido, por ende no registrará antecedentes penales; mientras que contra quien cometió el delito del 310° CP se seguirá un proceso en su contra y a lo mucho podrá acogerse a una terminación anticipada del mismo, lo cual sí acarrea la imposición de una pena y la generación de los respectivos antecedentes penales.

podemos, sin más, concluir que el principio de oportunidad no debería aplicarse a ningún caso de minería ilegal.

3.1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad

Es precisamente debido a lo vasta y diversa que puede ser la realidad que, en nuestra opinión, el legislador ha creído conveniente atribuir una potestad de naturaleza *discrecional* al Fiscal, para decidir la abstención o persecución del delito de minería ilegal. A pesar de que se trata de una potestad discrecional *reglada* (es decir, que la misma norma que la otorga impone ciertos límites a su aplicación), en la medida que no está sujeta a control jurisdiccional alguno, creemos que resulta necesario analizar los criterios que permitan su ejercicio razonable, puesto que discrecionalidad no debe ser sinónimo de arbitrariedad²⁶⁸.

El tema de la discrecionalidad y la arbitrariedad se ha desarrollado con mayor profundidad en el Derecho administrativo, donde la atribución de este tipo de potestades (a la Administración Pública, en este caso) es más común. Sin embargo, creemos que hay elementos sustanciales a los que podemos recurrir para nuestro análisis. Sobre el tema, el TC peruano ha señalado en su sentencia del 5 de julio de 2004, recaída en el Exp. N° 009-2004-AC/TC que:

(...) el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta (...). Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad.

En dicha sentencia, se define a la arbitrariedad como “lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”. Por lo tanto, el ejercicio de una potestad discrecional debe ser debidamente motivado; es decir, la decisión

²⁶⁸ Sobre los riesgos en la aplicación del principio de oportunidad, Vid. PALACIOS DEXTRE, *Comentarios al Nuevo Código*, pp. 122-124.

se ha de basar en razones que se adecuen a la realidad, y no a la mera voluntad de quien emite la decisión. Asimismo, entre dichas razones y la decisión debe existir coherencia lógica²⁶⁹.

Volviendo a los límites prestablecidos por la norma (art. 2º, inc. 8 CPP), ésta impone al Fiscal que tras la verificación correspondiente: a) se hayan suspendido las actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, y b) que este hecho se comunique al OEFA mediante instrumento de fecha cierta. Desde nuestro punto de vista, pese a esta reducción del ámbito de discrecionalidad que hace la norma, sigue habiendo un margen considerable de actuación para el Fiscal el cual, frente al inexistente control jurisdiccional, debe encontrar límites necesarios en la motivación y razonabilidad de la decisión.

3.1.3. Disvalor de acción y disvalor de resultado

Desarrollando lo anterior, para que el Fiscal ejercite adecuadamente su potestad discrecional reglada frente a determinado supuesto, tendría que previamente realizar una evaluación basada en la realidad de los hechos, que le lleve a concluir de forma razonable que puede dejar de ejercitar la acción penal en dicho caso, para no caer en arbitrariedad.

Afirma ZIELINSKI que “el derecho está lesionado por el menosprecio de la prohibición, no por la –casual- producción del resultado”²⁷⁰. Nos queda claro que en el delito de minería ilegal, por los motivos ampliamente expuestos a lo largo de este trabajo –y principalmente por su pluriofensividad-, la acción o conducta es disvaliosa y por tanto no es un criterio que nos permita discernir sobre cuándo corresponde o no aplicar el principio de oportunidad. Sin embargo, sí podemos hacer una graduación en cuanto al disvalor del resultado de la conducta. El autor alemán lo pone de manifiesto cuando dice que:

²⁶⁹ Cfr. BACA ONETO, *Revista de Derecho Administrativo* 11 (2012), p.183.

²⁷⁰ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, p.250.

Todo delito manifiesta la negación de la validez de la norma infringida. Pero la pretensión de validez de la norma está afectada y en general puesta en peligro tanto más fuertemente, cuanto más abiertamente pueda consolidarse el delito, es decir, cuantos más miembros de la comunidad jurídica se enteren de él, sin que el orden jurídico se defienda -mediante la pena²⁷¹.

Con ello, ZIELINSKI hace referencia a lo que denomina como la “función de intermediación del resultado”, que consiste en la mayor conmoción social que propicia la generación de un resultado mediante la comisión del ilícito, pues “cuanto mayor es el daño causado, cuanto menos reparable es, tanto más fuerte será el llamado a la retribución compensatoria, a la expiación, al restablecimiento de la paz jurídica”²⁷². En otras palabras, la producción de un resultado hace especialmente visible al ilícito, y repercute con mayor intensidad sobre la comunidad jurídica comunicándole la afectación a la confianza puesta en el orden jurídico, y por lo tanto, el resultado es un criterio de necesidad concreta de pena²⁷³.

3.1.4. Resolviendo la hipótesis

Conforme al análisis efectuado por GARCÍA CAVERO²⁷⁴ sobre el delito tipificado en el art. 307°-A CP, hemos visto que éste tiene dos formas de realización: a) una de peligro concreto en relación con el medio ambiente y sus componentes, y b) otra de peligro abstracto (cumulativo) en relación con la calidad y la salud ambientales.

Atendiendo a la teoría de la reestabilización que hemos asumido como función de la pena, y aceptando que el resultado del ilícito constituye un criterio de necesidad concreta de pena, podemos concluir que deberían quedar excluidos de la aplicación del principio de oportunidad los supuestos de minería ilegal que provocan un peligro concreto (consumado) en el medio ambiente y sus componentes. Esto porque los delitos de peligro concreto no

²⁷¹ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, pp.242-243.

²⁷² ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, pp.240-241.

²⁷³ Cfr. ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, pp.238-248, 313.

²⁷⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, pp. 924-925.

son sino delitos de resultado, sólo que el resultado exigido en estos casos por el tipo penal no es de lesión, sino uno de peligro real y efectivo²⁷⁵. Si, en todo caso, el autor del ilícito decidiese reparar los daños causados por su conducta, esto podría ser tomado en cuenta al momento de la graduación de la pena a imponerse; y si decidiese confesar su culpabilidad, podría con ello someterse a una terminación anticipada del proceso, mas no debería aplicársele un principio de oportunidad, porque ello desnaturalizaría los fines de esta institución jurídica.

En cambio, creemos que sí serían compatibles con la aplicación del principio de oportunidad los supuestos de minería ilegal en su modalidad de peligro abstracto sobre la calidad y salud ambientales, que para su comisión únicamente requieren “una imputación del comportamiento en el sentido de organización peligrosa insegura”²⁷⁶. En otras palabras, se trata de un peligro presunto que no necesita probanza, requiriendo únicamente la comprobación de la conducta prohibida –con independencia de si en el caso concreto se produjo o no un peligro- para la consumación del ilícito, al ser un delito de desobediencia²⁷⁷.

Asimismo, VILLAVICENCIO señala que “en relación con los *delitos de peligro concreto*, no existen problemas desde un punto de vista teórico para la admisión de la tentativa, ya que se exige la puesta en peligro del bien jurídico (resultado típico)”²⁷⁸. Podría entonces también admitirse la oportunidad para la minería ilegal en la modalidad de peligro concreto sobre el ambiente y sus componentes en grado de tentativa punible puesto que, al interrumpirse el proceso de ejecución tendente a la consumación del delito, no se produciría el resultado típico de peligro concreto y su necesidad de represión sería menos significativa.

La conclusión a la que hemos llegado es congruente con el *telos* (fin o propósito) del principio de oportunidad, permitiendo con éste la exclusión del proceso penal únicamente respecto de los supuestos que evidencian falta de necesidad o merecimiento de

²⁷⁵ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, p. 312.

²⁷⁶ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 352.

²⁷⁷ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, pp. 312-313.

²⁷⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, p. 421.

pena. Esta interpretación se condice con límites del *ius puniendi* como son los principios de mínima intervención y de lesividad u ofensividad.

3.2. Propuestas de *lege ferenda*

Para culminar esta investigación, y con el genuino propósito de realizar un efectivo aporte a la ciencia jurídica, deseamos proponer algunas medidas concretas que, en nuestra humilde opinión, mejorarían significativamente la regulación que hemos analizado.

En el plano jurídico internacional podemos realizar una comparación con la regulación del principio de oportunidad en Colombia, donde –aunque de forma más genérica– se ha previsto una causal similar a la del inc. 8, art. 2° CPP peruano.

PERDOMO TORRES²⁷⁹ realiza una exégesis del art. 324° CPP colombiano, en cuyo numeral 14 se establece que el principio de oportunidad se aplicará “cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”. Al referirse a bienes jurídicos de carácter colectivo, se hace alusión a la vulneración de valores generales que facilitan la convivencia en sociedad, donde podríamos encasillar a los protegidos por los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.

Añade el autor que, si bien algunos de los tipos penales que se encontrarían comprendidos en el numeral 14 no responden a criterios básicos que deben inspirar la aplicación del principio de oportunidad (en referencia a su elevado reproche penal, poniendo como ejemplo el delito de uso de armas químicas, biológicas o nucleares), el mismo numeral condiciona acertadamente su aplicación a la circunstancia de que el bien colectivo sea afectado de forma mínima, y además se haya reparado integralmente los daños causados por el delito²⁸⁰.

²⁷⁹ PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, pp. 152-154.

²⁸⁰ Cfr. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, p. 153.

Si volvemos a la regulación peruana, de una mirada al inc. 8 del art. 2° CPP que prevé la renuncia a la persecución penal frente a delitos de minería ilegal, notamos que no exige –al menos no de forma expresa- la reparación del daño causado. No nos queda claro si ello debiera entenderse tácitamente, pues en inc. 2 del art. 2° CPP el legislador sí ha recogido esto de forma textual: “En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido”.

Del tenor del artículo tampoco se establece que la afectación deba ser mínima como requisito de procedencia de la abstención del ejercicio penal. Creemos que estos elementos podrían dotar de mayor razonabilidad al uso de la discrecionalidad para acusar, y lamentablemente no se han contemplado en nuestra legislación.

Por otra parte, creemos importante la cuestión del control jurisdiccional de esta potestad discrecional del titular de la acción penal, cuestión que muchos autores se han planteado en un contexto de crisis de la legalidad y creciente fenómeno de la selección de casos²⁸¹.

El art. 230° CPPMI del cual hemos recogido el principio de oportunidad menciona expresamente que: “En las acciones que deben ser ejercidos por el ministerio público, él, *con el consentimiento del juez competente*, podrá decidir la clausura del procedimiento (...)”.

Volviendo a citar el caso colombiano, en dicho sistema existe un control judicial de la aplicación del principio de oportunidad, consagrado en el art. 327° del nuevo Código de Procedimiento Penal, garantizando que con la utilización de esta facultad discrecional no se corra peligro de caer en arbitrariedad y corrupción por parte de los funcionarios encargados de la función acusadora²⁸².

²⁸¹ Para CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales*, p. 32, “es aconsejable buscar el modo para evitar que la aludida selección se siga haciendo sin criterio, sin responsables, sin control, sin razonabilidad y, sobre todo, sin recepción de los criterios teóricos que la postulan como conveniente”.

²⁸² Vid. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, pp. 166-169.

OLAIZOLA NOGALES recoge la consideración efectuada por Vives Antón, quien como vocal del Consejo General del Poder Judicial de España y ponente del informe del Anteproyecto de CP de 1992 manifestó que:

El principio de necesidad de ejercicio de la acción penal debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una *poena naturalis* u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el necesario recurso al Derecho criminal, siempre desde luego con la posibilidad de ulterior control judicial²⁸³.

Del mismo modo, CORNEJO frente a la pregunta de cuál debe ser el órgano encargado de determinar la insignificancia de los hechos, entiende que no puede ser otro que el Juez, debido a que no es parte en el proceso, sino que está sobre las partes²⁸⁴. En este sentido, nos parece cuestionable que sea el Fiscal quien deba determinar esta situación cuando se aplica la oportunidad en el incipiente “proceso” de instrucción que es llevado a cabo por el MP, previo a la instauración de un proceso judicial propiamente dicho; y esto podría paliarse en cierta medida si se impone un control jurisdiccional a esta facultad de decisión.

A nuestro parecer, el principio de oportunidad específicamente en dicha etapa no se encuentra óptimamente regulado y deja espacio para la arbitrariedad (cuando no a la corrupción), pues estamos ante una actividad discrecional sin sometimiento alguno al control jurisdiccional, lo cual es impensable en un Estado social de Derecho.

²⁸³ OLAIZOLA NOGALES en *Dogmática del Derecho penal*, GIMBERNAT ORDEIG y otros (Ed.), p. 781.

²⁸⁴ Cfr. CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, pp. 73-75.

CONCLUSIONES

- Primera.-** El principio de oportunidad constituye un mecanismo alternativo de solución del conflicto penal que excluye del proceso a determinados ilícitos con base en criterios puramente materiales de falta de necesidad y merecimiento de pena.
- Segunda.-** El Fiscal tiene atribuida una potestad discrecional reglada para aplicar el principio de oportunidad, la cual debe estar limitada por la exigencia de razonabilidad en su decisión, traducida en una debida motivación que excluya cualquier indicio de arbitrariedad.
- Tercera.-** El delito de minería ilegal es un delito pluriofensivo, que atenta contra diversos bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, en muchas ocasiones con consecuencias lesivas especialmente graves.
- Cuarta.-** Respetando la teleología del principio de oportunidad, éste debería poder aplicarse únicamente a supuestos de minería ilegal en que la imposición de una pena sea prescindible a efectos de devolver la vigencia comunicativa-social a la norma jurídica defraudada por el delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa. “El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto” en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (Dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 29-91. [cit. *El principio de proporcionalidad*, LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (Dir.)].
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudio acerca del allanamiento en el proceso penal*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001. [cit. *Estudio acerca del allanamiento*].
- AMBOS, Kai. *Fundamentos y ensayos críticos del derecho penal y procesal penal*. Lima: Palestra Editores, 2010. [cit. *Fundamentos y ensayos críticos*].
- ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. 2ª ed. Lima: Editorial Iustitia, 2009.
- ANGULO ARANA, Pedro Miguel. *El principio de oportunidad en el Perú*. Lima: Palestra Editores, 2004. [cit. *El principio de oportunidad*].
- ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Mecanismos de simplificación procesal en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. [cit. *Mecanismos de simplificación*].

- BACA ONETO, Victor Sebastián. “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista de Derecho Administrativo* 11 (2012), pp. 181-202.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho minero peruano*. 6ª ed. Lima: Grijley, 1996.
- BÍNDER, Alberto. *El Principio de Oportunidad*. Lima: Ediciones BLG, 2004.
- BOVINO, Alberto. “El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano”, en *Revista Ius et veritas* vol. 7, núm. 12 (1996), pp. 159-169.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. [cit. *Cuestiones actuales*].
- CAFFERATA, Néstor. “Teoría general de la responsabilidad civil ambiental” en: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.). *Derecho Ambiental y Daño*. Buenos Aires: La Ley, 2009, pp. 11-92. [cit. *Derecho Ambiental y Daño*, LORENZETTI (Dir.)].
- CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho penal económico. Parte especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, 2016. [cit. *Derecho penal económico*].
- CARO CORIA, Dino Carlos. “Criminalidad organizada en materia ambiental: a propósito del delito de minería ilegal” en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.). *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 237-274. [cit. *Ley contra el Crimen Organizado*, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Dir.)].
- CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al Derecho procesal*. 3ª ed. Pamplona: EUNSA, 1998.
- CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles. “Protección jurídica del medio ambiente (internacional, europea, constitucional y penal)” en: PÉREZ ALONSO, Esteban y otros. (Ed.) *Derecho, globalización y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, pp. 619-642. [cit. cit. *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO.y otros (Ed.)].

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y Práctica de su Implementación*. Lima: Palestra Editores, 2009. [cit. *El Nuevo Proceso Penal*].

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso penal*. Chile: Jurídica de las Américas, 2009.

DUEÑAS CANCHES, Omar; ROSALES OCHOA, Tania. “La necesidad de aplicar el principio de oportunidad en el proceso penal”, en *Actualidad Jurídica* 137 (abril de 2005), pp. 134-138.

ESTEVE PARDO, José. “Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido” en: PÉREZ ALONSO, Esteban y otros (Ed.). *Derecho, globalización y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, pp. 273-302. [cit. *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO.y otros (Ed.)].

ORTIZ DE NORIEGA, Juan; LARIOS SÁNCHEZ, Cristina y otros. *Código penal alemán StGB, Código procesal penal alemán StPO*. Madrid: Marcial Pons, 2000. [cit. *Código penal alemán*].

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del proceso civil: todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2015. [cit. *Manual del proceso civil*].

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte Especial*. Vol. II. 2ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2015. [cit. *Derecho penal económico*].

El delito de lavado de activos. 2ª ed. Lima: Jurista Editores, 2015. [cit. *El delito de lavado*].

- _____ “Consecuencias político-criminales de la implementación del nuevo sistema procesal penal” en: CENTURIÓN PORTALES, Juan Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.) *El Derecho procesal penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: ARA Editores, 2009. [cit. *El Derecho procesal*, CENTURIÓN PORTALES/REYNA ALFARO (Coord.)].
- _____ *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2008. [cit. *Lecciones de Derecho Penal*].
- GARCÍA VITOR, Enrique Ulises. *La insignificancia en el Derecho penal: los delitos de bagatela*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. [cit. *La insignificancia*].
- GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 7th ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014. [cit. *La negociación*].
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel. “Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (agosto de 2014), pp. 165-182.
- HUERTA GUERRERO, Luis. “Constitucionalización del derecho ambiental”, en *Revista Derecho PUCP* 71 (2013), pp. 477-502.
- INSTITUTO DE LA AMAZONÍA PERUANA y MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Minería aurífera en Madre de Dios y contaminación con mercurio: una bomba de tiempo*. Lima: Ministerio del Ambiente, 2011. [cit. *Minería aurífera*].
- IPENZA, César; VALENCIA, Lenin. “Perú”. En: HECK, Carmen (Coord.). *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014, pp. 174-217. [cit. *La realidad de la minería*, HECK. (Coord.)].

IPENZA PERALTA, César. *Manual para entender la Pequeña Minería y la Minería Artesanal y los Decretos Legislativos vinculados a la Minería Ilegal*. 2ª ed. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2012. [cit. *Manual para entender*].

JIMENO BULNES, Mar. “El proceso penal en los sistemas del *Common Law* y *Civil Law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI” en REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Coord.) *El proceso penal acusatorio*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 31-104. [cit. *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO. (Coord.)].

LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?* Lima: Grijley, 2011. [cit. *El Derecho penal ambiental*].

LASTRES BÉRNINZON, Enrique. “Los recursos naturales en la Constitución vigente”, en *Revista Ius et veritas* vol. 5, núm. 9 (1994), pp. 137-142.

LÓPEZ RUIZ, Astrid Carolina. “Criterios de política criminal en materia ambiental: finalidad de la protección jurídico-penal de la estabilidad de los ecosistemas”, en *Actualidad penal* 22 (abril de 2016), pp. 342-362.

MAIER, Julio. “Mecanismos de simplificación del proceso penal” en *Antología. El proceso penal contemporáneo*. Lima: INCIPEN - UPAO; Palestra Editores, 2008, pp. 547-568. [cit. *Antología*].

_____. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *La conciliación en el procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Temis, 2002. [cit. *La conciliación*].

MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997. [cit. *Bienes jurídicos*].

- MIR PUIG, Santiago. “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal” en: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (Dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp 329-357. [cit. *El principio de proporcionalidad*, LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (Dir.)].
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2014.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Santafé de Bogotá: Legis, 2006. [cit. *Sistema penal acusatorio*].
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. “El principio de oportunidad. ¿Modernización o crisis del Derecho penal?” en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique y otros (Ed.). *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 775-792. [cit. *Dogmática del Derecho penal*, GIMBERNAT ORDEIG y otros (Ed.)].
- ORÉ GUARDIA, Arsenio; RAMOS DÁVILA, Liza. “Del modelo inquisitivo al acusatorio. A propósito de la próxima puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004”, en *Actualidad Jurídica* 142 (setiembre de 2005), pp. 115-120.
- ORÉ SOSA, Eduardo. “Los delitos de contaminación y minería ilegal”, en *Actualidad penal* 8 (febrero de 2015), pp. 174-191.
- PALACIOS DEXTRE, Darío Octavio. *Comentarios del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2011. [cit. *Comentarios del Nuevo Código*].
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los procesos penales especiales y el Derecho penal frente al terrorismo*. Lima: IDEMSA, 2012. [cit. *Los procesos penales especiales*].

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. [cit. *Los principios de legalidad y oportunidad*].

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada. Parte Especial*. Lima: Instituto Pacífico, 2016. [cit. *Criminalidad organizada*].

REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El proceso penal ¿acusatorio? ¿adversarial?” en REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Coord.) *El proceso penal acusatorio*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 21-29. [cit. *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO. (Coord.)].

_____ “Introducción al proceso penal norteamericano” en REYNA ALFARO, Luis Miguel. (Coord.) *El proceso penal acusatorio*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 119-128. [cit. *El proceso penal acusatorio*, REYNA ALFARO. (Coord.)].

_____ *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto Pacífico, 2015. [cit. *Manual de Derecho Procesal*].

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. [cit. *La justicia penal negociada*].

ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2003. [cit. *Manual de Derecho Procesal*].

_____ *Tratado de Derecho procesal penal*. Tomo I. Lima: Jurista Editores, 2015. [cit. *Tratado de Derecho procesal*].

ROXIN, Claus. “Sobre los nuevos desarrollos en el debate acerca del bien jurídico” en *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Tomo II. Lima: Grijley, 2016, pp. 29-89. [cit. *La teoría del delito*].

- RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. 5ª ed. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015. [cit. *Para conocer la Constitución*].
- SALINAS MENDOZA, Diego. *Terminación Anticipada del Nuevo Proceso Penal Peruano: Estructura y función*. Lima: Palestra Editores, 2011. [cit. *Terminación Anticipada*].
- SALINAS SICCHA, Ramiro. “El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (julio de 2014), pp. 245-257.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA, 2009.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal: lecciones*. Lima: INPECCP; CENALES, 2015. [cit. *Derecho procesal penal*].
- SANTANA VEGA, Dulce María. “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 47, núm. 2 (1994), pp. 105-136.
- SCHÜNEMANN, Bernd. “La destrucción ambiental como arquetipo del delito” en: PÉREZ ALONSO, Esteban y otros. (Ed.) *Derecho, globalización y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, pp. 429-441. [cit. *Derecho, globalización y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO y otros (Ed.)].
- _____ “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)” en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 288-302. [cit. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal*].
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. [cit. *La expansión del Derecho penal*].

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. *Entidades de Fiscalización Ambiental. Informe fundamentado en los delitos ambientales*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014. [cit. *Entidades de Fiscalización Ambiental*].

_____. *Las rutas del oro ilegal. Estudio de caso en cinco países*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2015. [cit. *Las rutas del oro*].

SORIANO GARCÍA, José Eugenio; BRUFAO CURIEL, Pedro. *Claves de Derecho ambiental*. Vol. I. Madrid: Iustel, 2010. [cit. *Claves de Derecho ambiental I*].

_____. *Claves de Derecho ambiental*. Vol. III. Madrid: Iustel, 2013. [cit. *Claves de Derecho ambiental III*].

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª reimpresión. Lima: Grijley, 2016. [cit. *Derecho Penal*].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2005. [cit. *Manual de Derecho Penal*].

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores, 2009. [cit. *Descubrir el Derecho*].

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990. [cit. *Disvalor de acción y disvalor de resultado*].

LINKOGRAFÍA

ANGULO ARANA, Pedro. *El nuevo reglamento de aplicación del principio de oportunidad*. Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/principiodeoportunidad.pdf>>. [cit. *El nuevo reglamento*].

ARISTIZABAL GONZÁLES, Carolina. *Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana* (Tesis de licenciatura). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Disponible en: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>>. [cit. *Alcance del principio de oportunidad*].

BBC MUNDO. “La espantosa alianza entre minería ilegal y explotación sexual” en *El Comercio* (13 de abril de 2016). Disponible en: <<http://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/espantosa-alianza-entre-mineria-ilegal-y-explotacion-sexual-noticia-1893680>>.

BESSOMBES, Carlos. “El 80% de la evasión tributaria del país se debe a la minería informal” en *La República* (04 de agosto de 2015). Disponible en: <<http://larepublica.pe/impresia/economia/20002-el-80-de-la-evasion-tributaria-del-pais-se-debe-la-mineria-informal>>.

BRICEÑO, Ana. “Investigan a 34 agrupaciones por lavado de dinero de oro ilegal” en *El Comercio* (08 de agosto de 2015). Disponible en: <<http://elcomercio.pe/sociedad/lima/investigan-34-agrupaciones-lavado-dinero-oro-ilegal-noticia-1959023>>.

BRICEÑO, Franklin. “El Titicaca, mítico lago inca, está cada vez más contaminado” en *El Nuevo Herald* (02 de marzo de 2017). Disponible en: <www.elnuevoherald.com/ultimas-noticias/article/135910043.html>.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. *The World Factbook: Peru. Economy – overview*. Disponible en: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pe.html>>. [cit. *The World Factbook*].

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *Reporte de conflictos sociales N° 155, Enero de 2017*, pp. 21-22. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte_mensual_de_conflictos_sociales_n_155_-_ene.pdf>. [cit. *Reporte de conflictos sociales*].

EL COMERCIO. “Estado confirma contaminación por mercurio en Madre de Dios” en *El Comercio* (23 de mayo de 2016). Disponible en: <<http://elcomercio.pe/sociedad/lima/mineria-ilegal-arraso-12500-hectareas-desde-2012-noticia-1946897/1>>.

_____ “Madre de Dios: el dilema del mercurio y el estado de emergencia” en *El Comercio* (26 de mayo de 2016). Disponible en: <<http://elcomercio.pe/sociedad/lima/mineria-ilegal-arraso-12500-hectareas-desde-2012-noticia-1946897/1>>.

_____ “Peter Ferrari: el capo del oro que fue detenido en La Molina” en *El Comercio* (04 de enero de 2017). Disponible en: <<http://elcomercio.pe/sociedad/lima/peter-ferrari-capo-oro-que-fue-detenido-molina-noticia-1957941>>.

FLETCHER, George P. y SHEPPARD, Steve. *American Law in a global context: the basics*. New York: Oxford University Press, 2005. Disponible en: <<https://books.google.com.pe/books?id=VuWQXfb1zaYC&lpg=PA686&dq=fletcher%20sheppard%20american%20law&hl=es&pg=PA686#v=onepage&q=fletcher%20sheppard%20american%20law&f=false>>.

GARCÍA DELGADO, Francisca. “Minería ilegal arrasó 12,500 hectáreas desde el 2012” en *El Comercio* (16 de noviembre de 2016). Disponible en: <<http://elcomercio.pe/sociedad/lima/mineria-ilegal-arraso-12500-hectareas-desde-2012-noticia-1946897/1>>.

HUACASI, Wilber. “Estos son los cuestionamientos a los nuevos decretos legislativos sobre minería ilegal” en *La República* (09 de enero de 2017). Disponible en: <<http://larepublica.pe/politica/838102-estos-son-los-cuestionamientos-los-nuevos-decretos-legislativos-sobre-mineria-informal>>.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL PERÚ. *Perú: País minero*. Disponible en: <www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149&idCateg=159>

ORÉ GUARDIA, Arsenio; RAMOS DÁVILA, Liza. *Aspectos comunes de la reforma procesal penal en América Latina*. Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/aspectoscomunes%5B1%5D.pdf>>. [cit. *Aspectos comunes de la reforma procesal*].

OREJARENA PARRA, Vicente. “El principio de oportunidad en el nuevo sistema penal acusatorio”. *Revista Justicia Juris* 8 (octubre de 2007 – marzo de 2009), pp. 25-30. Disponible en: <https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-8/art-3.pdf>.

PÁEZ, Ángel. “EE.UU. ubica a Perú en la ‘lista negra’ de países de mayor lavado de dinero” en *La República* (03 de marzo de 2017). Disponible en: <<http://larepublica.pe/impres/politica/853225-eeuu-ubica-peru-en-lista-negra-de-paises-de-mayor-lavado-de-dinero>>.

PRESSLY, Linda. “Cómo el mercurio mata lentamente a los mineros” en *BBC Mundo* (23 de setiembre de 2013). Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/09/130919_salud_mercurio_envenenamiento_poblacion_gtg>.

- PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Doing business in Peru, Mining Chapter 2016*. Disponible en: <<https://www.pwc.com/pe/es/publicaciones/dbm2016-ingles.pdf>>. [cit. *Doing business*].
- _____. *Guía de Negocios en el Perú, Industria Minera 2013*. Disponible en: <<https://www.pwc.com/pe/es/doing-business/assets/pwc-doing-business-mining-espanol.pdf>>. [cit. *Guía de Negocios*].
- PROYECTO DE MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA. *Guía de Actuación del Abogado Defensor en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: AMAG, 2012. Disponible en: <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/guia_actua_abogado_defens_ncpp.pdf>.
- RODRÍGUEZ PÉREZ DE AGREDA, Gabriel. “El Derecho Penal: entre la Oportunidad y el Derecho Penal Mínimo”, en *vLex International* 4 (enero de 2009). Disponible en: <<http://vlex.com/vid/derecho-penal-oportunidad-58741377>>.
- ROLÓN, Darío Nicolás. “Los acuerdos en el procedimiento penal según la Corte Constitucional Alemana” en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 02, año IV (marzo de 2014). Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/215752989/Dario-N-Rolon-Constitucionalidad-del-Juicio-Abreviado-en-Alemania>>.
- TINOCO PASTRANA, Ángel. *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad* (Tesis doctoral). Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999. Disponible en: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/913/el-sistema-judicial-penal-en-el-common-law-y-el-principio-de-oportunidad/#description>>. [cit. *El sistema judicial penal*].
- UNIDAD COORDINADORA DEL PROYECTO DE MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA. *Guía de Actuación del Abogado Defensor en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: AMAG, 2012. Disponible en: <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/guia_actua_abogado_defens_ncpp.pdf>. [cit. *Guía de Actuación del Abogado*].