

## EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PERUANO<sup>1</sup>

Reymer Juan Colpaert Robles<sup>2</sup>

### I

Tratar del principio de oportunidad en el marco del Nuevo Código Procesal Peruano<sup>3</sup> es de por sí sugerente tanto por las consecuencias prácticas que trae su adopción como por la polémica doctrinal que puede motivar. Sin embargo, pese a la relevancia de su regulación la Exposición de Motivos no hace referencia a sus fundamentos o implicancias procesales y se limita a mencionar que el principio de consenso informa en la nueva regulación procesal penal mecanismos procesales orientados a evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia penal; aunque, el principio de consenso parece estar más referido a la conformidad<sup>4</sup> en el contexto del proceso penal español. Tampoco el Título Preliminar de la nueva Ley procesal dice nada respecto al principio de oportunidad, a pesar de que el art. 2º regula expresamente bajo el epígrafe *Principio de Oportunidad* supuestos de disponibilidad procesal.

La doctrina se ha ocupado *in extenso* del posible conflicto entre el principio de legalidad y el de oportunidad considerando fundamentalmente que le vigencia irrestricta del principio de legalidad excluye la disponibilidad procesal que supone el principio de oportunidad puesto que, según este, en determinados supuestos y bajo condiciones específicas el *ius puniendi* del Estado puede dejar de aplicarse. Lo supondría desconocer precisamente la obligatoriedad de iniciar las investigaciones para determinar el autor o autores de un delito y posteriormente, de ser responsables, aplicarles la correspondiente pena.

Se sostiene que legitima el principio de oportunidad el ingente cúmulo de causas penales que atiborran los juzgados, al parecer fenómeno que aqueja la Justicia Penal lo mismo en Perú que en España siendo probable que su dimensión sea universal ya que Alemania, Italia y Portugal en el razonamiento que exponen para incorporar tal principio en su ordenamiento procesal mencionan también la masa de juicios penales inconclusos como justificación.

El principio de oportunidad pondría en evidencia la crisis de la Justicia Penal y, en todo caso, la crisis del principio de legalidad puesto que bajo su vigencia cientos de miles de causas penales no han tenido o no tienen resolución definitiva en un plazo razonable. La disponibilidad procesal en el ámbito penal, recordemos que en el civil o laboral no representa ningún conflicto, supone para muchos desmontar una construcción que tiene larga tradición y en cuya base está nada menos que la esencia del Derecho Penal resumido en el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege* acuñado por Feuerbach, este logro del liberalismo

---

1 Este artículo fue redactado originariamente para la Revista de la Corte Superior de Justicia de Tacna (Perú) gracias a la amable invitación del Magistrado Dr. D. Ramiro Bermejo Rios.

2 Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

3 Ejemplar que debo a la gentileza de la Dra. Nancy Cahuana Quispe.

4 Aguilera Morales, Marien. El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español. Cedecs. Barcelona, 1998. Pág. 50 y sgts.

quedaría sin contenido si campea el principio de oportunidad. El predominio del principio de oportunidad supondría privatizar el Derecho Penal despojando al Estado del exclusivo derecho de castigar que después de un largo proceso histórico y bajo complejas formulaciones teóricas se ha logrado establecer. Además, fue precisamente la vigencia del principio de legalidad el límite al arbitrio judicial en la imposición de penas construyendo las conductas prohibidas a las que la Ley determina.

En tal sentido, es necesario precisar si el principio de oportunidad pervive con el de legalidad ya que tanto la Constitución y Código Penal del Perú como de España regulan el principio de legalidad.

## II

Para empezar veamos **cómo define la doctrina el principio de oportunidad**, para Butrón Baliña<sup>5</sup> siempre ha de estar referido a las facultades y límites de los poderes públicos, a las facultades de actuación del órgano de la acusación pública en el ámbito del proceso; por tal motivo no están comprendidos en el principio de oportunidad las distintas manifestaciones de disponibilidad procesal que pueden corresponder al ofendido o al inculcado. De la Oliva Santos<sup>6</sup> plantea una definición semejante haciendo hincapié en la limitación discrecional que tiene el Ministerio Público para la aplicación de principio de oportunidad, con lo que hace referencia a la oportunidad pura y a la reglada, es decir, pura cuando el Ministerio Público es libre para formular o no la acusación y los términos en que puede hacerlo, y reglada cuando, sobre la base generalizada del principio de legalidad, se admiten por excepción facultades de oportunidad<sup>7</sup>. Chocano Núñez<sup>8</sup> es otro autor que coincide con la definición anotada y pone de manifiesto el desacierto que supone la denominación principio de oportunidad, ya que el fiscal no ejercita a acción penal por razones temporo-espaciales, como sugiere la denominación, sino por razones de escasa punibilidad.

Desde un enfoque práctico, en lo que puede ser **la función del principio de oportunidad** hay que decir que ha de servir para que pueda decidirse sobre un hecho que presenta caracteres de delito y sobre su presunto autor sin necesidad de juicio e incluso sin necesidad de instrucción, pues ha de operar desde el origen. La decisión, en todo caso, supone el reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado y la facultad del Ministerio Público para alcanzar acuerdos con el acusado, evitando todo un camino probatorio de instrucción o al menos el juicio contradictorio. Así pues, el objeto del principio de oportunidad se fija en el acortamiento del proceso de tal modo que arribe a una casi inmediata o pronta finalización del proceso.

## III

Una vez que hemos acotado la definición del principio de oportunidad y su función, veamos cómo se ha desarrollado en la doctrina procesal española la discusión en torno al principio de oportunidad y el posible conflicto con el principio de legalidad.

El debate se ha presentado por la necesidad de definir jurídicamente la conformidad del acusado y su posible conflicto con el principio de legalidad debido a la reforma de la Ley

---

5 Butrón Baliña, Pedro M. La conformidad del acusado en el proceso penal. McGraw-Hill Madrid, 1998, pág. 51

6 De la Oliva Santos, Andrés. Derecho procesal penal. Madrid, 2000. Pág. 21.

7 Contreras Alfaro, Luis H. Corrupción y principio de oportunidad penal. Ratio Legis. Salamanca, 2005. Págs. 60 y sgts.

8 Chocano Núñez, Percy. Teoría de la actividad procesal. 2ª Ed. Rodhas. Lima, 1999. Pág. 212.

Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo la conformidad en el procedimiento abreviado que regulaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien la conformidad estaba regulada en el art. 655 y sgts. de la LECrim. desde 1882<sup>9</sup>, la puesta en práctica de la aludida reforma permitió que un gran porcentaje de procedimientos abreviados, que tranquilamente se puede cuantificar *grosso modo* en torno al 50%, no lleguen al juicio contradictorio, cuando en el juicio ordinario por delitos graves la conformidad alcanza el 30%. Es evidente que la Reforma procesal de 1988 contribuyó de manera decisiva a descongestionar la Justicia Penal española. No obstante, este panorama de celeridad judicial se ha visto incrementado con la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado y su complementaria la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, que permite para los llamados juicios rápidos la conformidad con una reducción de un tercio de la pena solicitada en el supuesto de que la punibilidad del delito en abstracto no supere los 3 años y de 10 si es de otra naturaleza, es más se puede llegar a una conformidad por debajo de los mínimos penales establecidos por el Código Penal para un delito.

Esta conformidad premial o privilegiada ha permitido solventar, siempre *grosso modo*, el 75% de las causas seguidas por el trámite del denominado juicio rápido. Como puede verse, en la práctica la conformidad, desde su inclusión por la Reforma procesal de 1988 así como por la reciente de 2002, supone un paliativo de importante relevancia en orden a la celeridad en la Justicia Penal española. No obstante, Manuel Cobo del Rosal<sup>10</sup> piensa que la sentencia de conformidad sólo interesa al Juez y al Ministerio Fiscal, ya que el acusado tiene más beneficios-posibilidades celebrando el juicio. Por otro lado, enfatiza que la conformidad genera desconfianza en la Administración de Justicia e incluso supone la abdicación de recursos que tiene disponible el acusado. Finalmente, está el riesgo, según el autor, de que la conformidad degenera en pactos oscuros por lo que puede llegarse a una verdadera crisis del proceso penal.

Sin ánimo de profundizar sobre la problemática procesal que puede presentar la conformidad en el proceso penal español, brevemente podemos añadir a lo ya acotado que el régimen de la conformidad en el procedimiento penal español, a excepción de la conformidad privilegiada en los juicios rápidos, supone una petición de pena no superior a 6 años (pena en concreto), sea que se trate del sumario ordinario<sup>11</sup> (Art. 655 y sgts. LECrim.), del procedimiento abreviado (Arts. 784.3 y 787 LECrim.) o del Tribunal de Jurado<sup>12</sup> (Art. 50 Ley de Tribunal de Jurado). En el procedimiento ordinario puede darse al momento de que la defensa evacua el escrito de calificación provisional (Art. 655 LECrim.) o al inicio de las sesiones del juicio oral (Art. 688 y sgts. LECrim.); al igual que en el procedimiento abreviado (Arts. 784.3 y 787 LECrim.), con la particularidad introducida por la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre y su complementaria la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre en cuya virtud el art. 779.5 de la LECrim., cuando el imputado se conforma con los hechos de la acusación, permite reconducir la causa al trámite previsto para el juicio rápido al efecto de

---

9 Como antecedentes que regulan la conformidad antes de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se tiene al: Real Decreto y Reglamento Provisional para la administración de Justicia de 6 de septiembre de 1835, art. 51; Ley Provisional reformada de 9 de junio de 1850, arts. 38 a 40; Real Decreto de 20 de junio de 185 sobre delitos de contrabando y defraudación, art. 83; Ley de Orden Público de 27 de marzo de 1867, arts. 38 a 40 y Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872.

10 Cobo del Rosal, Manuel. Derecho Procesal Penal Español. CESEJ. Madrid, 2006. Pág. 519.

11 El trámite de juicio sumario ordinario está previsto para delitos cuya pena en abstracto es superior a 9 años, art. 757 LECrim..

12 La Ley del Jurado de 1888 también admitió la conformidad.

extender la denominada conformidad privilegiada del art. 801 LECrim., es decir, permite reducir la pena en un tercio siempre que la pena en abstracto no supere los 3 años y de 10 si es de otra naturaleza. No vamos a entrar en las particularidades que presenta la conformidad en el Ley de Jurado ni en la Ley de Responsabilidad penal de Menores porque este acápite es meramente ilustrativo, sin dejar de mencionar que la conformidad en el procedimiento español presenta una serie de presupuestos en cada caso y que además presenta una constelación de problemas cuya exposición requeriría un estudio especial.

En todo caso, para cerrar provisionalmente el tema de la conformidad en el procedimiento penal español es preciso hacer una referencia a los motivos que en determinado supuesto se hace aconsejable que la Defensa *negocie* una conformidad con el Ministerio Fiscal. Como ya señalaba Ricardo Alcalá-Zamora a mediados del siglo XX, citado por Fairen Guillén<sup>13</sup>, la conformidad en determinada pena estaría fundamentada en el abono de la prisión provisional y la posibilidad de la aplicación de la condena condicional, lo que en la actualidad implica en la práctica la inmediata puesta en libertad si la pena pactada no supera los 2 años de prisión (Art. 503 LECrim.), el autor también refiere como motivación el temor de que la continuación del juicio comprometa más la situación del procesado o parecer como culpable de un hecho menos grave del que realmente se cometió. Sin duda, hoy pesa más el hecho de conseguir en determinados casos, como se ha visto, la reducción de la pena en un tercio. Incluso de cara a la sustitución de la pena privativa de libertad por multa es preferible una pena corta duración para que la multa no sea de cuantía excesiva. Es claro que en el proceso de *negociación* el Ministerio Fiscal o la Acusación Particular, si la hubiere, velan por que se garantice el pago de la correspondiente reparación civil, el control jurisdiccional es clave puesto que tendrá que ser el Juez o Tribunal quien finalmente redacte la sentencia, siendo posible que en algunos casos la dicte *in voce*. Por último, se puede dar el caso excepcional de llegar a una conformidad en el supuesto de que el acusado siendo inocente se vea obligado a conformarse con una pena, en todo caso inferior a la solicitada, cuando sea previsible una sentencia condenatoria en el supuesto de que se hayan actuado diligencias difíciles de rebatir en el juicio oral, como podría ser el caso de que el acusado haya sido reconocido judicialmente e incluso haya testigos que *reconozcan* al acusado como autor o partícipe en los hechos, algo semejante a la modalidad de *plea bargaining* denominada *Alford plea*, que se corresponde con el nombre de su protagonista Henry Alford quien en 1970 acusado de asesinato en primer grado tuvo que declararse culpable de asesinato en segundo grado porque tenía todo en contra, con la subsecuente aminoración de la punibilidad<sup>14</sup>.

En el interés de la doctrina procesal por el estudio de la conformidad se ha querido ver inicialmente una afirmación del principio acusatorio del Derecho Procesal Penal como un acto de disposición por parte del acusado de su derecho de defensa, en dos intensidades procesal y jusmaterial, como sostiene Fairen Guillén<sup>15</sup>, en el sentido procesal dispone el acusado de toda la prueba a celebrar en el juicio oral, evitando que la acusación provisional se transforme en otra más grave, dispone también del principio *in dubio pro reo*, de su derecho a la última palabra; y, en el aspecto jusmaterial dispone los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad, publicidad y oralidad del juicio oral “*crisol de la contradicción*”. Se trata como insiste sin problematizar Fairen Guillén<sup>16</sup> de un acto de

---

13 Fairen Guillén, Víctor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español (La conformidad del acusado). En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1969. Pág. 256

14 Butrón Baliña, Pedro M.Op. Cit. Pág. 111.

15 Fairen Guillén, Víctor. Op. Cit. Pág. 259 y 260

16 Fairen Guillén, Víctor. Op. Cit. Pág. 256 y 257.

disposición “(...) *que implica nada menos que una derogación de los principios de oficialidad*<sup>17</sup> *del proceso penal*”. Por otro lado, Fairen Guillén<sup>18</sup> descarta la posibilidad de que la conformidad que regula el art. 655 de la LECrim tenga fundamento en el *plea bargaining* en alguna de sus formas que admite la Justicia Penal anglosajona y en especial la norteamericana.

Así, se podría decir que Fairen Guillén fija en 1969 el derrotero que seguirá doctrina procesal española sobre los lineamientos de la conformidad, pone en evidencia el conflicto que supone la conformidad con el principio de legalidad y su condición de regulación *sui generis* en el ordenamiento procesal español desvinculada del *plea bargaining* anglosajón.

Va a ser, en todo caso como ya se ha explicado, la Reforma procesal que impulsa la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introduce la conformidad en el procedimiento abreviado, la que origine el debate en torno la compatibilidad del principio de oportunidad con el principio de legalidad y a su posible vigencia en el Ordenamiento Procesal Penal español. Dicha Reforma estuvo motivada por la necesidad de adecuar el procedimiento penal español a las orientaciones de la Resolución nº 75 (11) y de la Recomendación nº R (87) adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, tal como indica el propio Preámbulo de la citada Ley Orgánica. Precisamente la Recomendación nº R (87) menciona que: “*El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros, en otro caso, convendría prever otras medidas que respondan a la misma finalidad que este principio.*” Esto quiere decir entonces que el debate sobre el principio de oportunidad, en los términos ya expuestos, se inicia con la regulación de la conformidad en el procedimiento abreviado siguiendo orientaciones de la Unión Europea.

De esta forma se introdujo en la terminología y doctrina procesal española el principio de oportunidad, lo que supuso que se definieran dos posiciones claramente diferenciadas. Una, que seguía la postura de Fairen Guillén antes anotada, y otra que, como veremos a continuación cree compatible el principio de oportunidad con el de legalidad y que la conformidad es precisamente un ejemplo de su vigencia en el Derecho Procesal Penal.

En la línea diríamos tradicional comentado la Reforma de 1988, Almagro Nosete<sup>19</sup> siguiendo a Fairen Guillén descarta que la conformidad española pueda fundarse en el *plea bargaining* o incluso en otras modalidades procesales como el principio de oportunidad reglada de la Ordenanza Procesal alemana, la *suspensão provisoria do processo* del procedimiento penal portugués de 1987 o la *applicazione della pena su richiesta delle parti* de la legislación procesal italiana de 1988, en todo caso proponía, que: “*Sin necesidad de acudir a instituciones extrañas de difícil asimilación, cabe en un futuro código ‘recrear’ la ‘conformidad’ dándole contenido y exigiendo el cumplimiento de requisitos dentro de las líneas comunes al derecho procesal penal europeo del continente.*”<sup>20</sup> Más adelante y con un

---

17 El principio de oficialidad supone aquel criterio en virtud del cual el proceso ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar, conforme a lo dispuesto en normas legales imperativas, en función de la necesidad de tutelar un interés público predominante sobre cualquier otro, sin subordinación al poder. Por tanto, en el ámbito del Derecho Procesal Penal no rige el principio dispositivo, como en el campo del procedimiento Civil, el principio de oficialidad que informa el proceso penal no admite la renuncia, transacción o desistimiento como actos de disposición que vinculan al órgano jurisdiccional. Está regulado en el art. 100 de la LECrim. y en el art. IV.2 del Título Preliminar del NCPP.

18 Fairen Guillén, Víctor. Op. Cit. Pág- 254.

19 Almagro Nosete, José. La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal. En: El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988. Tirant lo blanch. Valencia, 1989. Pág. 153 y sgts.

20 Almagro Nosete, José. Op. Cit. Pág. 158.

trabajo de mayor envergadura Butrón Baliña<sup>21</sup> señala que la conformidad es un acto procesal *sui generis* y que en el Derecho Procesal Penal español el principio de oportunidad es incompatible con el principio de legalidad, reconocido por la Constitución y la Ley penal, de igual forma piensa De la Oliva Santos<sup>22</sup>.

En el bando opuesto otro grupo de autores comentando la mencionada Reforma procesal penal de 1988, refiriéndose al principio de oportunidad consideran que no es incompatible con el principio de legalidad siempre que su mecanismo procesal esté regulado por la ley, como sostiene Auger Liñán<sup>23</sup>, y descartando cualquier posibilidad de su aplicación a semejanza de la modalidad correspondiente del *plea bargaining* que permite la libre aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Fiscal<sup>24</sup>; finalmente, sin cuestionar expresamente si la conformidad en el procedimiento abreviado es un procedimiento *sui generis* el autor la comprende como una manifestación del principio de oportunidad reglada<sup>25</sup>. El resto de autores como Candido Conde-Pumpido Ferreriro<sup>26</sup>, Javier Delgado Barrio<sup>27</sup>, Ernesto Pedraz Penalva<sup>28</sup> y Enrique Ruiz Vadillo<sup>29</sup> siguen la misma línea argumental con mayor o menor profusión de razonamiento, aparato bibliográfico o citas de derecho comparado. La posible incompatibilidad del principio de oportunidad con el de legalidad debe enfocarse más, según Conde-Pumpido<sup>30</sup>, en relación con el principio de oficialidad. Esta postura, entendiendo que el principio de oficialidad es una manifestación procesal del principio de legalidad como se ha visto, parece que no esclarece el problema. Resulta más ilustrativa la opinión de Ruiz Vadillo<sup>31</sup> cuando sostiene que al estar cuidadosamente reglada la conformidad en el proceso penal español, se está dando cabal cumplimiento al principio de legalidad puesto que el acuerdo al que lleguen el Ministerio Fiscal y el acusado no supone discrecionalidad o arbitrariedad por parte del Ministerio Público y menos por parte del acusado, máxime si tal acuerdo tiene el correspondiente control jurisdiccional. Chocano Núñez<sup>32</sup>, acierta en otorgar carácter excepcional al principio de oportunidad sin que suponga una contradicción con el principio de oficialidad o legalidad.

Se puede sostener que definitivamente se ha incorporado como fundamento de la conformidad el principio de oportunidad. Incluso, se usa el término *principio de consenso*

---

21 Butrón Baliña, Pedro M. Op. Cit. Pág. 179 y sgts.

22 De la Oliva Santos, Andrés, Op. Cit. Pág. 22.

23 Auger Liñán, Clemente. El principio de oportunidad reglada. En: La Reforma de Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989. Pág. 286.

24 Auger Liñán, Clemente. Op. Cit. Pág. 280.

25 Auger Liñán, Clemenre. Op. Cit. Pág. 284.

26 Conde-Pumpido Ferreiro, Candido. El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español. En: La Reforma de Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989. Pág. 289 y sgts.

27 Delgado Barrio, Javier. El principio de oportunidad en el proceso penal En: La Reforma de Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989. Pág. 311 y sgts.

28 Pedraz Penalva, Ernesto. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. En: La Reforma de Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989. Pág. 323 y sgts.

29 Ruiz Vadillo, Enrique. El principio de oportunidad reglada. En: La Reforma de Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989. Pág. 389 y sgts.

30 Cit. por Contreras Alfaro, Luis H. Op. Cit. Pág. 63.

31 Ruiz Vadillo, Enrique. Op. Cit. Pág. 399 y sgts.

32 Chocano Núñez, Percy. Op. Cit. Pág. 211.

siguiendo la terminología usada por la Circular que la Fiscalía General del Estado dictó en España para la aplicación de la Reforma procesal de 1988, o el de *justicia penal negociada* para referirse a la conformidad como lo hace Barona Vilar, según cita M<sup>a</sup> Paula Díaz Pita<sup>33</sup>. Por su parte, Aguilera Morales<sup>34</sup> usa indistintamente la denominación *justicia penal negociada*, principio de oportunidad o principio de consenso para encuadrar doctrinalmente la conformidad y llega a sostener que dicho procedimiento no tiene naturaleza propia y menos autonomía en el proceso penal español<sup>35</sup>. Esta tendencia doctrinal coincide con la que denominamos tradicional en tanto que no admite la vigencia del principio de oportunidad en su versión libre, es decir, aquella en la que el Ministerio Fiscal tiene completa discrecionalidad para no formular la acusación.

La congruencia del principio de oportunidad con el de legalidad, tal como se ha expuesto en el sentido de que la conformidad en el proceso penal español esta prevista por la Ley con claros márgenes de actuación del Ministerio Público que no pone en riesgo la seguridad jurídica (concepto comprendido como la previsibilidad en las resoluciones jurisdiccionales) ni su carácter racional (en la medida en que es controlable). En todo caso, el Tribunal Constitucional español ha establecido (STC 101/1988) que el principio de legalidad consagrado por el art. 25.1 de la Constitución española supone una garantía de que sea solo la Ley la que determine hechos punibles y penas, tal predeterminación legal obliga a que las conductas prohibidas estén previamente tipificadas por la Ley penal tanto como las penas, de tal forma que el ciudadano pueda saber qué está prohibido y qué pena corresponde a la trasgresión, principio que como hemos visto tiene una consecuencia práctica relevante, es decir, procesal, en tanto determina que ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en un ley previa; por ello, el principio de legalidad, como sostiene Bacigalupo<sup>36</sup> tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. De esta forma el precitado art- 25.1 CE está en relación con el art. 9.3 CE en tanto excluye la arbitrariedad de los Poderes Públicos, y con el art. 14 que consagra el principio de igualdad. En ese marco, cuando la Constitución española en su art. 124.1 y 2 dispone que el Ministerio Público promueva la acción de la Justicia en defensa de la legalidad sujetándose a ésta, debe entenderse que lo hace en la medida y forma en que las leyes lo establezcan, de tal modo que la *negociación* que faculta la conformidad en el proceso penal, determinada por la ley como se ha visto, no contraviene el principio de legalidad.

Por tanto, en la actualidad un sector importante de la doctrina procesal penal española no cuestiona si la conformidad es una manifestación del principio de oportunidad se precisa, en todo caso, que se trata de la aplicación del principio de oportunidad reglada compatible con el principio de legalidad. De demostrada eficacia, por los resultados estadísticos, en la descongestión de la Justicia Penal.

#### IV

El Nuevo Código Procesal Penal peruano, según se ha expuesto antes, regula expresamente el principio de oportunidad en su art. 2 sin que el legislador detalle en lo más mínimo los fundamentos de un precepto cuyas consecuencias prácticas puede ensombrecer la expectativa y entusiasmo que ha generado la nueva Ley procesal.

---

33 Díaz Pita, M<sup>a</sup> Paula. Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado. Titant lo blanch. Valencia, 2006. Pág. 4.

34 Aguilera Morales, Marien. Op. Cit. Pág. 56.

35 Aguilera Morales, Marien. Op. Cit. Pág. 268.

36 Bacigalupo Zapater, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Akal/Iure. Madrid, 1990. Pág. 32.

Acorde con las tendencias más modernas el NCPP peruano deja en el Ministerio Público el peso de la investigación (art. 1, art. 60. 1 y 2), sigue así una tendencia moderna que ha sido adoptada por Italia (Ley de 22 de septiembre de 1988), Portugal (Decreto-Ley 78/87) y Francia con la Ley de junio de 2000. Incluso en España, como se trató *ut supra*, la reciente reforma de la conformidad en el juicio rápido y procedimiento abreviado supone mayores prerrogativas para el Ministerio Fiscal. Reforma que está en la mira del Ejecutivo español tal como ha declarado recientemente el Ministro de Justicia<sup>37</sup>, quien aboga por un modelo procesal con un juez de garantías y un fiscal instructor.

Pero, como señala Bacigalupo<sup>38</sup>, en la búsqueda de la eficiencia y rapidez, no es seguro que la instrucción por parte del fiscal favorezca la celeridad del proceso penal. El problema de la dilación en las causas penales se debe según el autor citado, tomando como referencia el modelo que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la experiencia no al sujeto instructor sino a la pluralidad de las partes acusadoras que admite el sistema, el sistema de recursos previsto en la fase de instrucción y la extensión del objeto del proceso penal a las consecuencias civiles derivadas del delito. Indudablemente una propuesta de reforma que centre el objeto del proceso sólo en el delito y restrinja el papel de las víctimas resulta *prima facie* llamativo, aunque se postule como vía de solución soluciones extraprocesales más rápidas dirigidas por el Ministerio Público<sup>39</sup>. En todo caso, queda la idea de que no importa quien dirija la investigación cuando lo que verdaderamente interesa es que la misma no suponga un modelo estructuralmente proclive a la lentitud y dilación. Una valoración de la nueva Ley procesal en esa línea supera con creces el objetivo del presente trabajo,

Por otro lado, todos los procesos de reforma han mantenido el modelo procesal que comprende la fase de investigación y la de juzgamiento, aunque privilegian la concentración procesal en la parte instructora con el fin de evitar contratiempos innecesarios con diligencias consideradas superfluas. Con esa orientación, el procedimiento abreviado en el modelo español elimina una serie de diligencias e incluso la fase intermedia llegando a introducir, como se ha visto con la reciente Reforma una reconducción del trámite al que corresponde al juicio rápido. Lo que en abstracto es inobjetable, teniendo como objeto la celeridad procesal. El problema viene cuando el Instructor dicta la resolución correspondiente por la que las Diligencias se convierten en Procedimiento Abreviado dando al Fiscal la posibilidad de acusar o pedir el sobreseimiento, cuando se trata de causa con preso. En la práctica se ha podido constatar que precisamente por acelerar el proceso y en virtud de las reglas procesales del procedimiento abreviado el Instructor con la anuencia de la Audiencia Provincial, en más de un caso, se ha negado a realizar diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos que inciden directamente sobre la situación del procesado, en prisión provisional. Se ha preferido pasar al juzgamiento, con el procesado preso para garantizar la celebración de la vista en aras al principio de concentración y celeridad procesal, obviamente conculcando el Derecho a la Libertad para que el Juez de lo Penal lo absuelva de una acusación carente de sustento probatorio. Pueda que se trate de situaciones excepcionales, pero ponen en evidencia de que a veces la concentración y celeridad procesal, que en procedimiento abreviado en la mayoría de los casos supone la ratificación del atestado policial, no es la solución cuando está en juego la Libertad.

---

37 Entrevista al Ministro de Justicia D. Mariano Fernández Bermejo. En: Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española. Nº. 44. Junio 2007. Madrid. Pág. 19 y sgts.

38 Bacigalupo Zapater, Enrique. La posición del fiscal en la investigación penal. En: La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2005. Pág. 22.

39 Bacigalupo Zapater, Enrique. La posición ... Op. Cit. Pág. 23.

Es claro que la etapa instructiva, independientemente de quién la lleve a cabo como sostiene Bacigalupo, debe estar en congruencia con la que corresponde al juzgamiento. El ejemplo que se ha puesto del procedimiento abreviado aunque probablemente excepcional resulta significativo para poner en evidencia que la investigación debe estar directamente relacionada con la de juzgamiento, no es admisible que se sacrifique principios y valores superiores por privilegiar la celeridad procesal, obviamente el Instructor puede disponer las diligencias que estime oportunas y pertinentes, pero puede también ampararse en el principio de concentración y celeridad procesal (con el respaldo de la instancia Superior) para denegarlas con consecuencias irreparables cuando el procesado está en prisión provisional.

Esto quiere decir, que en un modelo procesal como el peruano (art. I. 2 del TP del NCPP) o el español en el que el juzgamiento se rige por los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad, la etapa de investigación debe regular diligencias compatibles con tales principios, como señala Bacigalupo<sup>40</sup>, lo que consecuentemente lleva a analizar cómo en la investigación la Ley procesal regula actividad procesal optimizando sus mecanismos y buscando en dicha fase la solución más rápida y eficaz, que para el caso del procedimiento abreviado español puede suponer la conversión en juicio rápido con la disminución de la pena pedida en un tercio, en lo que se denomina conformidad premial o privilegiada. Por ese camino, optimizando la etapa de investigación y buscando una solución consensuada en la misma, se orienta la Reforma en Alemania propuesta por el Ministerio Federal de Justicia<sup>41</sup>. Una valoración de alcance de la optimización en la fase investigatoria de cara al plenario en las distintas modalidades que incorpora el NCPP, para comprobar en qué medida se puede concretizar la pretendida celeridad y eficacia excede también los fines de estas líneas.

Retomando lo expuesto, lo cierto es que el NCPP deja en manos del Ministerio Fiscal la investigación penal y en virtud del art. 2 le faculta a abstenerse del ejercicio de la acción penal en determinados supuestos, lo que obviamente es una excepción al principio de oficialidad, como indica Chocano Núñez<sup>42</sup>, que informa el art. IV del Título Preliminar, como una derivación del principio de legalidad que recoge el art. II del TP del Código Penal consagrado, a su vez, por el art. 2. inc. 24 d) de la Constitución.

En todo caso, el Ministerio Público por disposición expresa de la Constitución (art. 159.1) tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Así pues, hay que considerar, en primer lugar, que la facultad concedida al Ministerio Público no está reñida con el principio de legalidad, cuyas implicancias doctrinales ya hemos tenido ocasión de revisar en el contexto de la discusión de la teoría procesal española a la que nos remitimos. A otra conclusión se puede llegar si se analiza el alcance de las prerrogativas que la Ley procesal otorga al Ministerio Público.

El precitado art. 2 constituye, a diferencia de la conformidad del proceso penal español, una verdadera manifestación del principio de oportunidad. Como se ha visto en el proceso penal español el momento procesal de la conformidad es en todos los supuestos dentro del proceso penal, sea sumario, abreviado, rápido o de jurado. Se trata de un principio de oportunidad reglada puesto que la facultad de abstenerse del ejercicio de la acción penal otorgada al Fiscal está limitada a determinados supuestos y una vez materializada requiere del control jurisdiccional (art. 2.5).

---

40 Bacigalupo Zapater, Enrique. La posición ... Op. Cit. Pág. 25.

41 Bacigalupo Zapater, Enrique. La posición ...Op. Cit. Pág. 25.

42 Chocano Núñez, Percy. Op. Cit. Pág. 211.

En nuestra modesta opinión el problema surge en el alcance de los supuestos regulados, éstos desbordan con creces los límites que la oportunidad reglada puede permitir al titular de la acción penal. Hay que partir de la idea de que en ningún caso, en aplicación del principio de legalidad, el Fiscal está autorizado a recurrir a ponderaciones utilitarias para renunciar al ejercicio de la acción penal<sup>43</sup>, por tal motivo la doctrina procesal penal española descarta unánimemente cualquier aplicación de alguna modalidad del *plea bargaining*.

## V

Sin embargo, pese a que en nuestro ordenamiento legal, en cuya cúspide está la Constitución, el principio de legalidad tiene plena vigencia el NCPP faculta al Fiscal (art.2.5) nada menos que a *suprimir el interés público* a cambio de una indemnización a favor del Estado o una institución de interés social como condición, entre otras, para disponer de la acción penal.

Con lo que, surge una primera objeción a cómo regula la nueva Ley procesal el principio de oportunidad. Los bienes jurídicos protegidos por la ley no tienen ni pueden tener una conversión pecuniaria precisamente por el *interés público* que representan; por tanto, no pueden ser suprimidos previo pago de una cantidad de dinero. Esto supondría anular el principio de legalidad. Tal manera de proceder atentaría seriamente contra la seguridad jurídica y el principio de igualdad (Const. art. 2.2), ya que se pueden dar supuestos en los que el Fiscal no considere *imprescindible* dicha conversión. Supondría además relativizar los bienes jurídicos dejando en la práctica, la potestad de su protección al Ministerio Público con lo que se desvirtúa por completo la vigencia del principio de legalidad no sólo en el ámbito procesal, en la medida que el Fiscal dispone del proceso por fines estrictamente utilitaristas, sino también en el aspecto sustantivo en tanto que la determinación previa de los delitos y las penas carecería de objeto.

Para ilustrar lo que se viene comentando resulta interesante la opinión crítica, que compartimos plenamente, manifestada por Chocano Núñez<sup>44</sup> para quien la posible abstención de la acción penal en un supuesto del art. 111 CP, homicidio culposo en accidente de tránsito, afectaría de tal modo las consecuencias penales de delito que llegaría a alentar la impunidad en tales hechos pese a la gravísima desaprobación social que tienen y, sobre todo, a los bienes jurídicos vulnerados.

La desnaturalización del principio de legalidad, clave para un Derecho Penal y Procesal Penal en cualquier Estado de Derecho, no sería el único aspecto controvertido de la nueva ley de procedimiento penal.

En segundo lugar, el NCPP prevé tres supuestos en los que sería posible la renuncia del Fiscal a la acción penal. De concepción *numerus clausus* en apariencia constituye, en realidad, una regulación que vuelve a desnaturalizar por completo el objeto limitado y concreto en los que el Ministerio Público puede disponer de la acción penal. Poniendo, otra vez, en peligro la vigencia Derecho Penal tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo, al establecer un criterio penológico demasiado amplio para los supuestos en los que pueda disponer de la acción penal, 4 años de pena privativa de libertad para el primer y tercer caso, 2 para el segundo supuesto.

La celeridad procesal o el descongestionamiento de la Justicia Penal en el Derecho Comparado, cuando se ha desarrollado el principio de oportunidad, se ha referido siempre a ilícitos penales de escasa o mediana relevancia en los que la respuesta penal está por debajo

---

43 Bacigalupo Zapater, Enrique. La posición ... Op. Cit. Pág. 20.

44 Chocano Núñez, Percy. Op. Cit. Pág. 216.

del año de la pena privativa de libertad, como es el caso de Alemania, o cuando el delito está castigado con penas no superiores a 3 meses, como es el caso de Italia en la regulación del *patteggiamento* encuadrable en el modelo denominado *istruzione senza dibattimento* de Italia, en cuyo procedimiento el Ministerio Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo para solicitar al Juez que concluya el procedimiento y se sustituya la pena de prisión por otra de libertad controlada o multa<sup>45</sup>. Por otra parte, en Italia con la *applicazione Della pena su richiesta delle parti* el *patteggiamento* se ha extendido de los delitos de escasa relevancia (penas privativas de libertad no superiores a 3 meses sustituibles por libertad controlada o multa) a formas de criminalidad medio-graves siendo aplicable en la mayor parte de los procedimientos penales<sup>46</sup> en los que el acuerdo de pena a la que arriben el Fiscal y el imputado, teniendo en cuenta todas las circunstancias y disminuida hasta en un tercio, no supere los 2 años de prisión o de arresto, sola o junto a otras penas pecuniarias<sup>47</sup>. En Portugal el archivo por dispensa de pena, es un procedimiento que permite el archivo del proceso a instancia del Ministerio Fiscal antes o después de haber formulado la acusación siempre que se trate de un hecho punible sancionado con pena privativa de libertad no superior a 6 meses o solo con pena de multa no superior a 120 días<sup>48</sup>. También está la suspensión provisional del proceso, mediante el cual un acuerdo con el Fiscal puede llevar a truncar el procedimiento, pero siempre para delitos cuya pena no sea superior a 3 años<sup>49</sup>. La confesión del acusado, es otra manifestación del principio de oportunidad en el procedimiento penal portugués, que tan solo evita el debate sobre la prueba siempre a discrecionalidad del Presidente del Tribunal y en delitos cuya pena en abstracto no sea superior a 3 años<sup>50</sup>.

Sin duda, la aplicación del principio de oportunidad surgió como una forma de dar celeridad a las causas sobre delito de escasa relevancia pero de frecuente comisión que por lo común atollan los juzgados penales<sup>51</sup>, pero paulatinamente en el entorno del proceso penal europeo continental, como se ha visto, su aplicación se ha extendido a través de diversos mecanismos procesales a delitos de mediana gravedad cuya pena por regla general no supera los 3 años de prisión. En el caso español, también como se ha explicado *ut supra*, la conformidad en los juicios rápidos, con una eficacia aproximada del 75% el límite de pena en concreto no supera los 3 años de prisión.

Esto quiere decir, que el modelo por el que ha optado el legislador peruano para regular el principio de oportunidad no es acorde con los sistemas que lo han adoptado y que, en todo caso, extendiendo su aplicación a delitos de mediana relevancia el límite de pena no supera los 3 años de prisión. Podría parecer que el procedimiento español es más laxo y sobrepasa este límite, porque permite la conformidad en delitos cuya pena en concreto no supere los 6 años, pero se trata de una aplicación del principio de oportunidad que opera antes de que el Fiscal evacue la calificación provisional o antes del juicio, con lo que su verificación cuenta con todas las garantías al desarrollarse dentro de un proceso detalladamente reglado, que con toda la problemática que puede presentar, alcanza tal como se ha expuesto antes delitos que pueden considerarse de mediana relevancia.

---

45 Rodríguez García, Nicolás. La justicia penal negociada. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1997. Pág. 148.

46 Rodríguez García, Nicolás. La justicia penal ... Op. Cit. Pág. 168.

47 Rodríguez García, Nicolás. La justicia penal ... Op. Cit. Pág. 175.

48 Rodríguez García, Nicolás. La justicia penal ... Op. Cit. Pág. 249.

49 Rodríguez García, Nicolás. La justicia penal ... Op. Cit. Pág. 270 y sgts..

50 Rodríguez García, Nicolás. La justicia penal ... Op. Cit. Pág. 262.

51 Armenta Deu, Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. PPU. Barcelona, 1991, Pág. 23.

Consecuentemente, el límite penológico por el que se ha decantado el NCPP para reglar la posible renuncia del Fiscal a la acción penal extiende peligrosamente tal facultad a todo el CP, principalmente a través del tercer supuesto. Con lo que en la búsqueda del máximo grado de optimización con el fin de lograr celeridad y eficacia en el proceso penal, se estaría desnaturalizando no sólo al proceso penal sino al propio Derecho penal sustantivo con el riesgo que ello supone para el crédito de los Poderes Públicos y la vigencia del Estado de Derecho.

En tercer lugar, se puede sostener que el legislador en dos supuestos con los que regula el principio de oportunidad otorga al Fiscal atribuciones jurisdiccionales, casi con la misma facilidad con que le permite *suprimir el interés público* envistiéndole de facultades legislativas, ya que por su individual criterio puede despojar a algunos bienes jurídicos de la protección que la Ley les dispensa en delitos que por la gravedad de la pena no pueden considerarse de escasa importancia.

El **primer supuesto** en el que el Ministerio Público puede renunciar a la acción penal (art. 2.1.a) está relacionado con la *poena naturalis* concepto que, a su vez, tiene que ver estrechamente con el principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Dentro del marco penal legalmente establecido el juez o el tribunal debe fijar la pena en un punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir, de la reprochabilidad del autor<sup>52</sup>. La reprochabilidad supone el conocimiento de la norma y la amenaza penal, de tal modo que al sujeto se le puede reprochar su conducta antijurídica porque conociendo la norma (que prohibía tal conducta) y la amenaza penal (el castigo que conlleva) ha llevado a cabo el hecho, de allí que, por ejemplo, el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad porque el sujeto no conocía o sabía que la conducta que realizó estaba prohibida por el Derecho.

Ahora bien, la culpabilidad en el sentido en que se acaba de exponer puede compensarse parcialmente al momento de la individualización de la pena en base a ciertos aspectos de la conducta del autor posterior al hecho, como puede ser el pago de la reparación civil que contempla el CP español (art. 21.4ª y 5ª) en lo que constituye una compensación constructiva, pero opera también la compensación destructiva, cuando el autor recibe como consecuencia del delito un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad, el mal prototípico sería la pena.

Por otro lado, como compensación destructiva estaría precisamente la *poena naturalis* que sería el padecimiento por parte del autor del delito de graves consecuencias del hecho, está por ejemplo el caso del ladrón que al huir cae del techo y queda tetrapléjico o del conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo. En tales supuestos la doctrina penal entiende que se puede prescindir de la pena porque no tiene fundamento preventivo<sup>53</sup>.

La jurisprudencia española admite la vigencia de la *poena naturalis* para el supuesto de dilaciones indebidas fundamentando su razonamiento en el principio de culpabilidad<sup>54</sup>, (STS de 10 de mayo de 1994 y STS de 27 de diciembre de 2004) e incluso la considera en el caso de una persona que llevaba droga en el interior de su cuerpo, lo que reprodujo una oclusión

---

52 Bacigalupo Zapater, Enrique. Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el derecho penal actual. En: Justicia penal y de Derechos Fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2002. Pág. 114.

53 Bacigalupo Zapater, Enrique. Principio de culpabilidad ... 122 y sgts.

54 Bacigalupo Zapater, Enrique. Principio de culpabilidad ... 125.

intestinal por lo que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, por lo que le atenúo la pena, STS de 9 de octubre de 2004.

La compensación destructiva de la culpabilidad a través de la pena es, como se puede inferir, parte del proceso de individualización de la pena. Lo que supone necesariamente el desarrollo del juicio en el que el juez o tribunal pueda valorar en base a la inmediación, oralidad, contradicción y publicidad la concurrencia de algún supuesto de *poena naturalis* que pueda atenuar la pena y quizá excepcionalmente darla por compensada totalmente. En sí mismo el proceso de individualización de la pena es un proceso complejo que trasciende, en base al principio de culpabilidad, el marco de punibilidad que la Ley penal establece para cada delito, su desarrollo no supone una aplicación mecánica de la Ley requiere mesura y objetividad, supone prácticamente la materialización de la Justicia y no puede sustraerse a la función jurisdiccional bajo el amparo de un fundamento de celeridad y eficacia en delitos dolosos cuya pena supera por la gravedad de la punibilidad (hasta 4 años de prisión) cualquier consideración de delitos de escasa o mediana relevancia.

El **segundo supuesto** está referido al posibilidad de la renuncia a la acción penal en los casos que regula el art. 14, 15, 16, 21, 22 y 25 CP cuando la pena en abstracto no supera los 4 años de prisión y el delito no sea especial propio.

Los referidos supuestos regulados por el CP regulan: el error de tipo/prohibición (art. 14), el llamado error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15), la tentativa (art. 16), supuestos que atenúan la responsabilidad penal (art. 21 y 22) y la complicidad (art.25).

La fundamentación teórica de tales supuestos presenta tal grado de complejidad que en su interpretación no es suficiente la simple literalidad de su redacción. La problemática del error tipo/prohibición, por ejemplo, e incluso la del denominado error de comprensión culturalmente condicionado, que puede ser solo un error de prohibición, ha dado origen a una serie de planteamientos doctrinales que van de la teoría del dolo, a la de la culpabilidad para terminar con la de la culpabilidad restringida en su fundamentación, con consecuencias prácticas, es decir, aplicables al momento del juzgamiento no de escasa de relevancia ya que tienen que ver con la punibilidad. Sin entrar en el amplio debate que suscita se puede decir que, como ha establecido la STS de 10 de octubre de 1996, el error de tipo/prohibición debe probarse por quien alega, lo que quiere decir que habrá que entrar a discutir sobre el grado de evitabilidad (aspecto que se extiende al art. 15 CP peruano) en su comisión, situación esta que sólo puede apreciarse en un debate con las consabidas garantías de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad y que finalmente se tendrá en cuenta al momento de la individualización de la pena.

Por su parte, cualquiera de las causas que atenúan la responsabilidad (art. 21 CP) requiere de una comprobación fáctica y la correspondiente adecuación legal que luego repercutirá al momento de fijar la pena al autor. Lo mismo puede decirse de la tentativa y sus complicaciones a la hora de su aplicación concreta, sin dejar de lado las reglas de la complicidad, las que requieren una valoración con todas las garantías, lo que no se salva con la audiencia que prevé la Ley procesal en su art. 2.6, ya que esta se limitará en la práctica a la aprobación de la Disposición de Abstención previamente *negociada*.

Es más que posible que todo el bagaje conceptual (sustantivo y procesal) y jurisprudencial que con mucho esfuerzo se ha venido fijando con el objeto de lograr una Justicia Penal lo más racional posible quede simplemente en desuso, si en aras a la celeridad y eficacia se *negocia* la abstención de ejercitar la acción penal en ilícitos que por su gravedad, como se ha expuesto ya, resulta más aconsejable mantener en el ámbito judicial.

Incluso en el proceso penal español que, como hemos visto, permite la conformidad en delitos cuya pena en concreto no supera los 6 años de prisión, el juicio es inevitable cuando concurre alguna de las circunstancias que prevé el art. 2.1.c) NCPP, que tienen parecida redacción en el CP español. Es más, en la práctica puede haber conformidad sobre los hechos pero para la apreciación de la concurrencia, por ejemplo, de una circunstancia atenuante se va a juicio porque el Ministerio Público entiende, lo que es perfectamente justificable, que debe acreditarse con las garantías que sólo el plenario puede brindar.

Finalmente, el **tercer supuesto** (art. 2.1 b) podría ser un caso en el que la renuncia a la acción penal no encuentra mayores obstáculos tomando en consideración la gravedad del delito (2 años de privación de libertad), que podría considerarse de mediana entidad. Pero su viabilidad queda cuestionada desde que el CP (art. 52) permite la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de 2 años en multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. Medida que garantiza con mayor eficacia el efecto preventivo general/especial de la pena.

Con esto se vuelve a lo que ya se expuso, el Derecho Penal a través de un largo y complejo proceso histórico ha venido fijando una serie de principios y razonamientos con el interés de fijar un tratamiento que no deje al arbitrio o discrecionalidad judicial la valoración de las conductas punible; por tanto, controlable y en consecuencia racional. La teoría del delito opera con conceptos de elevado nivel de abstracción con el objeto de determinar si el hecho concreto que se juzga está comprendido en la Ley penal, para luego establecer la responsabilidad del autor e individualizar la pena. Consecuencia que tampoco deja espacio a la discrecionalidad. La propia pena cumple una función predeterminada una vez que se ha superado su finalidad puramente retributiva, afirma la vigencia del Derecho y la reglas de convivencia social.

En suma, considerando que la función primordial del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos, las consecuencias de la renuncia a la acción penal en hechos punibles de mediana entidad supone un riesgo que se debe evitar precisamente en salvaguarda de aquellos bienes jurídicos, ya que su protección implica la convivencia en libertad. Despojar discrecionalmente de la protección jurídica a determinados bienes jurídicos (en delitos cuya pena es inferior a 2 de prisión) solo por razones utilitaristas puede ser un remedio de graves consecuencias para el fortalecimiento institucional y, sobre todo, para la exclusión de la impunidad. Nuestra sociedad ha obtenido importantes logros en esa vía, pero es necesario afianzar y consolidar la vigencia de la Ley, no puede quedar resquicio a la convicción de que la Ley se cumple. Es preciso, robustecer la confianza en las instituciones y los Poderes Públicos y fortalecer la confianza en la Justicia.

A modo de **conclusión**, se puede afirmar que urge un replanteamiento de los supuestos en los que es posible la renuncia a la acción penal, ya que en la práctica se estaría dando cabida una regulación del principio de oportunidad pura con seria y grave vulneración del principio de legalidad, de oficialidad y de igualdad, consagrados por la Constitución y la Ley socavando la seguridad jurídica esenciales en un Estado de Derecho.