

# el PRinciPiodeoPoRtunidad Y suaPlicaciÓn a los delitos de mineRia ilegal

Susan bonnie IanDauro arce<sup>291</sup>

## SUMARIO

I. Introducción. – II. Acción penal y principio de oportunidad. – III. Naturaleza jurídica del criterio de oportunidad aplicable a los delitos de minería ilegal. – IV. Conclusiones. – V. Bibliografía.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad realizar un análisis sobre la factibilidad y posibilidad de la aplicación del principio de oportunidad en los delitos de minería ilegal en el proceso penal peruano, de conformidad con el inciso 1 del artículo 2° del Código Procesal Penal.

## PALABRAS CLAVE

Principio de oportunidad – minería ilegal – acción penal – acuerdo reparatorio – derecho a acción

## ABSTRACT

*The purpose of this research work is to carry out an analysis on the feasibility and possibility of applying the principle of opportunity in the crimes of illegal mining in the Peruvian criminal process, in accordance with subsection 1 of article 2 of the Code of Criminal Procedure.*

## KEY WORDS

*Principle of opportunity - illegal mining - criminal action – reparatory*

---

291 Fiscal provincial provisional de la fiscalía especializada provincial en materia ambiental sede Leoncio prado Huánuco

## I. INTRODUCCIÓN

El delito de minería ilegal fue incorporado al código penal peruano mediante por el artículo primero del Decreto Legislativo N° 1102, publicado el 29 de febrero de 2012 y vigente a los 15 días de su publicación. Así, en su aspecto material el referido decreto legislativo incorpora al Código Penal, el delito de minería legal (artículo 307-A) y sus circunstancias agravadas (307-B); el delito de financiamiento de la minería ilegal (307-C), el delito de obstaculización de la fiscalización administrativa (307-D), la criminalización de los actos preparatorios de minería ilegal (307-E) y prevé la sanción de inhabilitación principal (307-F).

En su aspecto procesal, el artículo tercero del Decreto Legislativo N° 638 modifica el artículo 2 del Código Procesal Penal; en tanto que el artículo cuarto incorpora el numeral 8 al artículo 2 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en los términos siguientes: *“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.”*

En ese sentido, el objeto del presente trabajo es analizar la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de abstención del ejercicio de la acción penal en aquellos casos en los que el agente se encuentre comprendido en los delitos de minería legal y sus circunstancias agravadas; financiamiento de la minería ilegal; obstaculización de la fiscalización administrativa y criminalización de los actos preparatorios de minería ilegal. Para tal efecto, primero se analizará la naturaleza jurídica del principio de oportunidad previsto en el artículo 2 del Código Procesal Penal, vigente en todo territorio nacional; para luego analizar su aplicación en los delitos de delitos de minería ilegal regulados en la parte especial del Código Penal.

## II. ACCIÓN PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

### 1. Algunas referencias sobre el derecho a acción y la llamada “acción penal”

Para entender la naturaleza jurídica de la institución del principio de oportunidad, resulta necesario hacer algunas referencias al concepto de acción desarrollado

en doctrina procesal.<sup>292</sup> Así, respecto a la noción de acción en el derecho procesal Devis Echandía señala lo siguiente: *“El Estado no sólo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales.”*<sup>293</sup>

En esa línea de argumentación el referido autor concluye en el siguiente lo siguiente: *“Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener a aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso.”*<sup>294</sup>

De lo expuesto se advierte que el derecho de acción constituye el derecho que tiene toda persona de poner en funcionamiento el aparato estatal a fin de resolver un conflicto con relevancia jurídica; esto es, tal como lo identifica Enrique Véscovi, como *“(…) ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional (…)”*.<sup>295</sup>

En cuanto a las características del derecho de acción, Monroy Gálvez partiendo de reconocer al derecho de acción como un derecho constitucional, identifica las siguientes: a) público: *“Como todo derecho, tiene un receptor u obligado cuando es ejercido. Es decir, alguien que soporta el deber de satisfacerlo. En el presente caso, el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, hacia él se dirige el derecho, desde que su ejercicio no es nada más que la exigencia de tutela jurisdiccional para un caso específico. Ésta es la razón por la que estamos ante un derecho de naturaleza pública”*<sup>296</sup>; b) subjetivo: *“(…) porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derechos por la sola razón de serlo, con absoluta irrelevancia de si está en condiciones de hacerlo efectivo.”*<sup>297</sup> c) abstracto: *“(…) porque requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido; se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia.”*<sup>298</sup> y d) autónomo: *“(…) porque tiene*

292 Respecto a la denominación “acción penal” en la doctrina nacional el profesor Juan MONROY GÁLVEZ se muestra crítico en su empleo; para quien son las pretensiones las que tienen naturaleza penal, civil, laboral, etc., y no las acciones. Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. Teoría General del Proceso. Palestra editores, tercera edición, Lima, 2009, p. 495.

293 ECHANDÍA, Devis. Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, 3ra edición, Buenos Aires, 2004, p. 174.

294 Ibídem, Echandía, Devis. Teoría General del Proceso, p. 189.

295 VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso, Temis, 2da edición, Bogotá, 1999, p. 63.

296 Ibídem, MONROY GÁLVEZ, Juan. Teoría General del Proceso, p. 497.

297 Ibídem, MONROY GÁLVEZ, Juan. Teoría General del Proceso, p. 498.

298 Ibídem, MONROY GÁLVEZ, Juan. Teoría General del Proceso, p. 498

*requisitos, presupuestos, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras de su ejercicio.*” Lo expuesto nos permite afirmar que no resulta del todo hablar de acción penal, en tanto la acción constituye un derecho constitucional, sino de acciones con pretensiones de naturaleza penal, civil, laboral, etc.

Ahora bien, una vez identificados el concepto de acción y sus características es que pasará a analizar el concepto de acción empleado en el proceso penal, así como sus características. Respecto al primer punto, en doctrina nacional, Víctor Cubas Villanueva señala que “(...) *la acción penal es la manifestación del poder concedido a un órgano oficial (Ministerio Público) o titular particular (en casos de querrela o donde la ley faculte iniciar proceso por denuncia de particular) a fin de que lo ejerza solicitando una declaración judicial tras la comisión de un delito y teniendo a la vista al autor material del mismo.*”<sup>299</sup> En lo que respecta a sus características, César San Martín Castro señala como principios de la acción penal los siguientes: a) el principio oficial: “(...) *la persecución penal del hecho punible constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público. (...) En nuestro caso corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción pena (art. 159°.5 Const.). (...) c) La excepción al principio oficial lo constituyen los delitos privados en los que el agraviado es el único que puede accionar (...)*”<sup>300</sup> y b) el principio de legalidad: “*Al decir de Gómez Orbaneja, el principio de legalidad constituye el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial y significa que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley. El punto de vista del Ministerio Público ha de ser el de la ley, ya que es órgano público en función de la justicia (...)*”<sup>301</sup>; para concluir que “*Este principio que obliga a actuar al Ministerio Público—inclusive a su ayudante fundamental: la policía—ante la presencia de una mínima base de convicción acerca de la existencia de un hecho delictivo, sin embargo está sujeto (...) a una excepción, que en rigor es su contraparte: el principio de legalidad reglado (art. 2° del Código de 1991).*”<sup>302</sup> Finalmente, sobre el principio de oficialidad y obligatoriedad cabe señalar que conforme a los artículos IV del Título Preliminar y 60 del Código Penal es que el ejercicio público de la acción penal se haya monopolizado por el Estado a través del Ministerio Público. Así, el Ministerio Público se encuentra facultado para perseguir de oficio el delito sin la necesidad que exista denuncia previa; esto es, actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.

299 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 101.

300 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Grijley, 2da edición, Lima, 2003, p. 313.

301 Ibidem, SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, p. 314.

302 Ibidem, SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, p. 314

De lo expuesto se advierte que, si bien por mandato constitucional el Fiscal se encuentra obligado a ejercer la acción penal en virtud de los principios de oficialidad y legalidad<sup>303</sup>; existe casos en los que la ley le regula determinados supuestos en los que se puede abstener de su ejercicio, lo que responde a criterios de política criminal. Sobre la base de lo expuesto es que en el siguiente apartado se analizara la naturaleza jurídica del principio de oportunidad y su recepción en el Código Procesal Penal.

## 2. Naturaleza del principio de oportunidad y su recepción en la legislación nacional

A fin de entender la naturaleza jurídica del principio de oportunidad es que conviene tener presente la justificación histórica que se le ha dado a dicho principio. En ese sentido, Gössel señala que dicha institución surge ante la imposibilidad de perseguir todos los delitos; ya que ello provocaría un colapso en el sistema de Administración de Justicia; por lo que se estableció como límites a la persecución de los delitos la pequeña y mediada criminalidad para darle preferencia a la gran criminalidad.<sup>304</sup> En sentido similar, la profesora española Teresa Armenta Deu señala que “(...) la llamada “criminalidad de bagatela” se plantea en Europa como problema de índole general y progresivamente creciente a partir de la primera guerra mundial. Al terminar ésta y, en mayor medida al final de la segunda confrontación, se produjo en virtud de circunstancias socio-económicas de sobra conocidas un notable aumento de delitos de índole patrimonial y económica, una de cuyas características más propias consistía en su pequeña relevancia – de ahí el nombre de “delitos bagatela” – así como en la frecuencia de su comisión.”<sup>305</sup> De lo expuesto se advierte que el origen histórico del principio de oportunidad nace de la necesidad de no perseguir los escasa relevancia –también denominado de bagatela- a fin de darle prioridad en su persecución a los delitos de mayor trascendencia social. Sobre el concepto de delitos de bagatela, la citada profesora española, señala que “(...) el concepto de “delito bagatela” no

303 Sobre este punto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 2725-2008-PHC/TC ha señalado que “La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito.”

304 Citado por ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad, Edit. PPU, Barcelona, 1991, p. 66

305 Ibídem, ARMENTA DEU, Teresa, Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad, p. 23

*está dogmática ni legalmente reconocido; sin embargo, es de uso común por parte de la inmensa mayoría de la doctrina al referirse a hechos contemplados en las leyes penales, cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia.*<sup>306</sup> Sobre el interés público como criterio a tener en cuenta en la aplicación del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico alemán, la profesora Armenta Deu señala lo siguiente: “(...) se tratará por tanto de analizar qué elementos deben ser ponderados a dicho efecto. En primer término, deberá tenerse en cuenta el grado de prevención de la necesidad de sanción y la carga o gravamen que supone para el acusado el cumplimiento de las condiciones y mandatos, en relación con el grado de interés que exista en la persecución. Si este último se aproxima al contemplado en el pgf. 153, cabrá obviar la persecución penal, imponiendo una condición o mandato leve; si, por el contrario, el interés público es mayor, precisará para su eliminación la imposición de condiciones y mandatos más gravosos o la combinación de varios de ellos. Deberán tomarse, asimismo, en consideración todas las circunstancias penalmente relevantes del caso, así como otras atañentes a perspectivas de prevención general (como, por ejemplo, que no se pierda la confianza de los ciudadanos en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico-penal) o especial (la conformidad previa del acusado, no en cuanto requisito, sino por su significado de colaboración. Por otra parte, sin olvidar el aspecto esencial a tener en cuenta, esto es, que la finalidad preventivo-sancionadora no se vea perjudicada por la no imposición de la correspondiente medida, deberá calibrarse igualmente: la falta de preparación del delito, la compensación de los daños producidos y, en sentido negativo, determinados antecedentes penales, precedentes o específicas formas delictuales que evidencian una determinada intensidad criminal (como algunas clases de criminalidad contra la comunidad).”<sup>307</sup>

Sobre la base de lo expuesto es que cabe afirmar que el principio de oportunidad que nace para los delitos de bagatela –de poca gravedad- descansa sobre los principios de economía procesal (darle preferencia en el uso de recursos para la persecución de delitos de mayor relevancia) e interés público (como parámetro para determinar la relevancia social de un delito); siendo en última instancia la ley –sobre la base del principio de reserva de ley- la que determine los casos en los que resulta de aplicación el principio de oportunidad.<sup>308</sup> Así, una vez identificada

306 Ibidem, ARMENTA DEU, Teresa, Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad, p. 23

307 Ibidem, ARMENTA DEU, Teresa, Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad, p. 126

308 Sobre la reserva de ley como factor determinante en la aplicación del principio de oportunidad, Perdomo Torres señala que “(...) la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal se justifica de la mano de las desventajas de una aplicación estricta de la legalidad. En íntima relación con el “mal estado” de la legalidad en la práctica.” En: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad – Fundamentos

la justificación –tanto histórica como de política criminal- es que cabe señalar que el principio de oportunidad no constituye una excepción a los principios de oficialidad ni legalidad sino un complemento que coadyuva a un mejor desarrollo de la Administración de Justicia.<sup>309</sup>

Ahora bien, en lo que refiere propiamente a su naturaleza jurídica, el principio de oportunidad constituye un mecanismo de simplificación procesal por el que se busca la solución del conflicto a través de procedimientos menos complejos, propios de la estructura del proceso común. Sobre ello, Alberto Bovino ha señalado que “(...) se trata de brindar posibilidades de solucionar el conflicto que representa todo caso penal eludiendo la respuesta tradicional en la cual el representante estatal encargado de la persecución desarrolla su actividad procesal con el objeto de lograr un pronunciamiento condenatorio, esto es, la realización del Derecho Penal sustantivo y la aplicación de su respuesta característica, la pena.”<sup>310</sup> En efecto, no solo se busca evitar gestionar de manera innecesaria recursos públicos para la persecución de delitos que guardan poca trascendencia social, sino la necesidad que el trámite que se den a dichas causas sean lo más breves posibles sin descuidar ni restringir garantías tan elementales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Lo hasta ahora desarrollado permite escobazar un concepto de principio de oportunidad como aquella facultad conferida por ley al órgano promotor de la acción penal para abstenerse de su ejercicio como consecuencia de razones de política criminal y procesal. En ese sentido, se cuenta Cafferata Nores define al principio de oportunidad como “(...) la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal,

---

constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el Derecho procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 52.

309 BINDER, Alberto. Legalidad y oportunidad. En: Material de Instituto de Ciencia Procesal Penal. 2da edición, Lima, 2006, p. 2. En contra, Olga Fuente Soriano señala que “«la oportunidad reglada a la que se viene haciendo referencia en nada afecta al contenido de la potestad jurisdiccional. Afectará en todo caso, al principio de legalidad – que pasará a ser interpretado de forma mucho más flexible – y al principio acusatorio. La potestad jurisdiccional seguirá inalterada; lo que indudablemente, resultaría alterado es el número de casos susceptibles de ser juzgados. Conviene tener claro que el juez sólo juzga (y aquí sí entra el contenido de la potestad jurisdiccional aquello frente a lo cual alguien acusa (principio acusatorio); lo que se ve alterado por la introducción de ciertos criterios de oportunidad reglada, no es tanto el contenido de la potestad jurisdiccional cuanto las normas que rigen el sostenimiento de la pretensión en los procesos penales”. Véase, FUENTES SORIANO, Olga. La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 266.

310 BOVINO, Alberto. Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1966, p. 93.



*de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para ‘perseguir y castigar’”<sup>311</sup>.*

Como segundo del presente apartado, se abordará los diversos modelos de principio de oportunidad elaborado por la doctrina y su recepción en la legislación nacional en atención a su evolución histórica. Sobre el primer punto se tiene que en doctrina se distinguen dos modelos de principio de oportunidad; el de discrecionalidad absoluta y oportunidad reglada<sup>312</sup>. El primer modelo proviene del derecho anglosajón mediante la institución del *plea bargaining*, que consiste en la negociación realizada entre el acusador y el acusado en cualquier estado del proceso penal antes de la decisión final, en la que el acusado admite su culpabilidad a cambio de determinadas concesiones.<sup>313</sup> Es así que a cambio de la renuncia que hace el acusado de su derecho a que se discuta su culpabilidad en juicio, el acusador retirará los cargos formulados en su contra o podrá cambiar los existentes por otros de menor gravedad. Como se puede observar en virtud de dicho modelo, el acusador goza de discrecionalidad absoluta para llegar a un acuerdo con el acusado sin que exista ningún tipo de límite.<sup>314</sup> De otro lado, el principio de oportunidad reglada tiene su origen en el sistema continental y a diferencia del anterior modelo, el acuerdo al que arriban el acusado y el acusador se determinan sobre la base de determinados criterios con lo que se obtiene mayor seguridad jurídica.<sup>315</sup> Una vez descrito corresponde analizar la recepción de dichas teorías a la legislación nacional.

Así las cosas, se tiene que la incorporación del principio de oportunidad en la legislación penal se dio con el artículo 2 del Código Procesal Penal de 1991 –y sus modificaciones introducidas por Ley N° 27072 del 23 de marzo de 1999 y Ley N° 27664 del 08 de febrero de 2002–, cuya fuente se encuentra en Código de Procedimiento Penal Tipo para Iberoamérica y en la Ordenanza Procesal Penal Alemana. Dicho artículo establecía dos supuestos de aplicación del principio de oportunidad. Primero, la falta de necesidad de la pena, regulado en el inciso 1,

311 CAFFERATA NORES, José. Cuestiones actuales sobre proceso penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 16.

312 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 512 y ss.

313 BUTRÓN BALIÑA, Pedro Manuel. La conformidad del acusado en el proceso penal, MacGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 194.

314 BARONA VILLAR, Silvia. La conformidad como manifestación de justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal, Revista Justicia, Valencia, 1997, p. 40

315 En sentido similar, véase: RUIZ VADILLO, Enrique. La actuación el Ministerio Fiscal en el proceso penal, Revista del Poder Judicial, Tomo II, Madrid, 1987, p. 365.



referido al supuesto en el que el imputado se ve castigado a sí mismo debido a las graves consecuencias de sus delitos.<sup>316</sup> Como segundo supuesto de aplicación se cuenta con el criterio de merecimiento de pena, que se presenta en tres supuestos<sup>317</sup>: a) delitos de bagatela, entendida como aquellos delitos en los que por criterio de economía procesal y escasa gravedad del interés público afectado se procederá a la abstención del ejercicio de la acción penal y; b) mínima culpabilidad: supuestos en los que la abstención del ejercicio de la acción penal se da por razones de carácter preventivo especial en los que sobre la base de determinados indicadores (móviles y fines del agente, reparación espontánea del daño, circunstancias personales y características sociales) el agente actuó con mínima culpabilidad o intervino escasamente en su perpetración y; c) exigencia adicional: en los dos supuestos detallados anteriormente, será conditio sine qua non de la aplicación del principio de oportunidad que el agente haya reparado el daño ocasionado por su conducta, lo que exige que se tome en consideración el artículo 93 del Código Penal que regula institución de la reparación civil. Luego, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 si bien se mantuvo el instituto del principio de oportunidad, en el artículo 2 del referido cuerpo adjetivo, pero se introdujeron ciertas novedades frente a la regulación anterior<sup>318</sup>; en ese sentido, se dispuso que la abstención del ejercicio de la acción penal se encuentra sometido a prueba conforme a las reglas de conducta de conducta del artículo 64 del Código Penal. Asimismo, se introdujo dentro del referido artículo a los acuerdos reparatorios – los mismos que fueron introducidos a la legislación nacional procesal el año 2003 mediante la Ley 29117- que regula supuestos en los que el señor Fiscal se encuentra obligado a procurar la renuncia a la persecución penal sin tomar en consideración la gravedad de delito cometido. Sobre la base de lo expuesto es que resulta correcto afirmar que el modelo el derecho nacional ha adoptado –tanto en el Código procesal penal de 1991 como en el de 2004- un modelo de principio de oportunidad reglado ya que se condice con el sistema jurídico de origen romano-germánico.

Llegado este punto resulta conveniente precisar que el artículo 2 del Código Procesal Penal de 2004 regula dos criterios de oportunidad: el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios, cada uno de ellos con sus propias características. Así, el principio de oportunidad se encuentra previsto en el inciso 1 del citado artículo establece que el fiscal *podrá* abstenerse de ejercer la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

316 Ibídem, SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, p. 324

317 Ibídem, SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, pp. 325 y ss.

318 ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP de 2004. En: Actualidad Jurídica, N° 148, pp.130-135.

- a) Cuando el agente se haya visto afectado gravemente por las consecuencias de su delito (culposo o doloso) y éste sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 04 años y la pena resulte innecesaria. Detrás de dicho caso subyace el principio de humanidad del Derecho Penal que establece que la intervención del ius puniendi para dichos casos resultaría inapropiada para el agente que ha cometido el delito; toda vez que reúne las condiciones de infractor y víctima al mismo tiempo.
- 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 02 años de pena privativa de libertad o hubieran sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. En este segundo supuesto nos encontramos frente al criterio de falta de merecimiento de pena por el que la propia ley faculta al fiscal de renunciar al ejercicio de la acción penal en casos de delitos de delitos que revistan de poca trascendencia social. Tal como se señaló anteriormente dicho criterio responde a motivos de política criminal por los que se busca una alternativa distinta a la pena la resolución de los conflictos penales atendiendo al interés de la víctima. La consecuencia práctica de dicho criterio de oportunidad es la descongestión del aparato judicial, dándole de esa forma prioridad a aquellos casos de mayor relevancia.
- c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y las condiciones personales del denunciado –en atención a las atenuantes previstas en los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal- y se advierta no exista ningún interés público gravemente comprendido en su persecución. Este tercer caso, responde a los casos de mínima culpabilidad o contribución al delito comando en consideración criterios referidos al hecho como a las características del agente; así tenemos al error de tipo y prohibición; el error de prohibición culturalmente condicional; la tentativa; la concurrencia imperfecta de causales de exención de la pena reguladas en el artículo 20 del Código Penal, la imputabilidad restringida del agente y la complicidad.
- d) Aunado a ello, se tiene que el inciso 2 del artículo 2 del Código Procesal Penal se señala que en los casos de los literales b) y c) del inciso 1 –esto es, en los casos de falta de merecimiento de la pena y mínima culpabilidad o contribución al delito- se requiere que el agente haya reparado los daños y perjuicios de su accionar. Dicho supuesto responde a un criterio de falta de merecimiento de la pena debido a la escasa medida del injusto y la culpabilidad y del interés público afectado. En su aspecto procesal, dicho requisito exige que entre el Fiscal y el imputado exista acuerdo respecto al monto de la reparación civil atendiendo al artículo 91 del Código Penal referido a la reparación civil.

Conforme se advierte el principio de oportunidad regulado en los incisos 1 y 2 del artículo 2 del Código Procesal Penal tiene naturaleza facultativa y no obligatorio para el Fiscal, aunque se encuentra regulado bajo de determinados parámetros generales como que la pena del delito no sea superior a 04 años de pena privativa de la libertad; en tanto la ley no le establece un catálogo *numerus clausus* en los que aplicar el principio de oportunidad. Así, si bien un caso puede subsumirse en alguno de los tres supuestos descritos anteriormente, el Fiscal no se encuentra obligado a abstenerse de ejercer la acción penal, ya sea por causas establecidas por el propio código como que el agente haya reparado los daños ocasionados con su conducta o por otro motivo no previsto legalmente pero que de todas formas debe responder a un criterio razonable y no de mera arbitrariedad. En relación a los parámetros generales señalados, cabe precisar que ellos responden a los criterios de falta de merecimiento de la pena, mínima culpabilidad y falta de merecimiento de la pena.<sup>319</sup>

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD APLICABLE A LOS DELITOS DE MINERÍA ILEGAL

Así, es que se pasará a analizar la viabilidad del principio de oportunidad a los delitos de minería ilegal.

#### 1. Principio de oportunidad y delitos de minería ilegal

Conforme se expuso anteriormente el principio de oportunidad regulado en los incisos 1 y 2 del artículo 2 del Código Procesal es de naturaleza facultativa, lo que se condice en el inciso 8 del artículo 2 del Código de Procesal Penal que señala que el Fiscal también podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los casos que el agente haya cometido los delitos de minería ilegal previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal –esto comprende delito de minería ilegal- siempre que suspenda sus actividades de manera definitiva y lo comuniquen de ello con fecha cierta al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Como se puede advertir, si bien el tenor literal del inciso 8 del artículo 2 del Código Procesal Penal coincide con el principio de oportunidad en que el Fiscal está facultado de abstenerse de ejercer la acción penal; sin embargo, a diferencia de este último, para el caso de delitos de minería ilegal no son de aplicación los tres casos previstos para el principio de oportunidad que responden a criterios falta de

319 Cfr. GUARIGLIA, Fabricio. Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. En: AA.VV, El Ministerio Público en el proceso penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 92.

merecimiento de la pena, mínima culpabilidad y falta de merecimiento de la pena. Lo señalado no permite afirmar que en los casos de minería ilegal sea aplicable el principio de oportunidad ya que desde su concepción en la doctrina y aparición en la legislación dicho instituto siempre ha respondido a determinados criterios abiertos sin señalar de manera taxativa un catálogo de delitos a los que resulta aplicable.

## 2. Abstención del ejercicio de la acción penal y delitos de minería ilegal

El supuesto de abstención del ejercicio de la acción penal en caso de los delitos de minería ilegal, previsto en el inciso 8 del artículo 2 del Código Procesal Penal, comparte con el principio de oportunidad su carácter facultativo y con los acuerdos reparatorios su aplicación a una lista de determinados delitos. Así, a los delitos de minería ilegal no les resulta de aplicación de manera total o integra ningún criterio de oportunidad; por el contrario, el legislador ha regulado una especie de híbrido entre ambos institutos legales; tiendo como exigencia específica que el agente haya cesado de manera efectiva con su conducta y haya comunicado de ello a la autoridad competente; esto último se fundamenta en que para el Estado resulta necesario tomar conocimiento de las actividades que implique supuestos de delitos de minería ilegal ya que muchas veces debido a la falta de recursos, muchos de dichos delitos pasan desapercibidos o se mantienen en la clandestinidad. Finalmente, en atención a la naturaleza facultativa de la abstención del ejercicio de la acción penal en los delitos de minería ilegal es que resulta posible que se presente supuestos en los que a pesar de que se cumplan con los requisitos, el Fiscal decida promover el ejercicio de la acción debiendo para ello motivar debidamente su resolución. Esta idea de aceptación de la procedencia de la acción penal en los casos de minería ilegal también tomar en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a lo que se entiende por minería ilegal así se ha señalado que *“No es posible, de esta manera, entender el derecho a la salud o a la vida digna sin la presencia de un medio ambiente sano y equilibrado. Lo decidido (e incluso lo que no se decide) en esta materia tiene un impacto directo en la vida de personas y colectivos, por lo que debe elaborarse con el mayor rigor posible.”*<sup>320</sup>

## IV. CONCLUSIONES

1. La tarea de promover la acción penal por parte del fiscal es una opción correctamente viable en los casos de minería ilegal, pues para este delito no regiría

---

320 Fundamento De Voto Del Magistrado Ramos Núñez en la Sentencia Del Tribunal Constitucional. EXP N.º 03932-2015-PA/TC- LIMA. Caso: MINERA YANACocha SRL

ningún criterio de oportunidad, esto basado en la gravedad del delito y en la afectación a la comunidad. A pesar de que el inciso 8 del artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal regula que “podrá” abstenerse en los casos de los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307, reuniendo una serie de requisitos; no obstante analizando esta norma observamos que se trata de una facultad, es decir que a pesar de que se cumplan todos los requisitos señalados en el inciso 8 el fiscal aún podría promover la acción penal, cosa que es recomendable, puesto que el delito de minería ilegal es una de los más perjudiciales en cuanto a daño a comunidad se refiere, esto debido muchas veces a la irreversibilidad del daño producido.

2. El artículo 2 del Código Procesal Penal regula dos criterios de oportunidad; de un lado se tiene al principio de oportunidad que es de naturaleza facultativa, no tiene como objeto a determinados delitos y responde a criterios de falta de merecimiento de la pena, mínima culpabilidad y falta de merecimiento de la pena.
3. El supuesto de abstención de ejercicio de la acción penal para casos de los delitos de minería ilegal no se corresponde en su totalidad con los criterios de oportunidad de principio de oportunidad. Así, si bien resulta facultativo con lo con que coincide con el principio de oportunidad-, éste tiene como objeto los delitos de minería ilegal y no fija parámetros abiertos para su aplicabilidad. Esta “facultad” justamente es lo que le permitiría al fiscal tratar de avanzar en la búsqueda de la verdad, puesto que, basándonos en el tenor literal de la ley penal, no se encontraría con ninguna obligación a abstenerse contemplada en el cuerpo legal.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP de 2004. En: Actualidad Jurídica, N° 148
- ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad, Edit. PPU, Barcelona, 1991
- BARONA VILLAR, Silvia. La conformidad como manifestación de justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal, Revista Justicia, Valencia, 1997
- BINDER, Alberto. Legalidad y oportunidad. En: Material de instituto de Ciencia Procesal Penal. 2da edición, Lima, 2006

- BOVINO, Alberto. Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1966
- BUTRÓN BALIÑA, Pedro Manuel. La conformidad del acusado en el proceso penal, MacGraw-Hill, Madrid, 1998
- CAFFERATANORES, José. Cuestiones actuales sobre proceso penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación, Palestra Editores, Lima, 2009
- ECHANDÍA, Devis. Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, 3ra edición, Buenos Aires, 2004
- FUENTES SORIANO, Olga. La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005
- GUARIGLIA, Fabricio. Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. En: AA.VV, El Ministerio Público en el proceso penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Teoría General del Proceso. Palestra editores, tercera edición, Lima, 2009
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Los principios de legalidad y oportunidad – Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el Derecho procesal penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005
- RUIZ VADILLO, Enrique. La actuación el Ministerio Fiscal en el proceso penal, Revista del Poder Judicial, Tomo II, Madrid, 1987
- VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso, Temis, 2da edición, Bogotá, 1999