

El Principio de Oportunidad en la doctrina procesal penal contemporánea. Nuevos escenarios y consecuencias para el proceso penal cubano

The principle of opportunity in the contemporary criminal procedural doctrine. New Scenarios and Challenges para consequential Cuban Criminal Process

RUFINA DE LA CARIDAD HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹
Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba

SUMARIO: 1. Fundamentos de política criminal que legitiman el principio de Oportunidad. 1.1 Surgimiento y Evolución Histórica. 2. El Principio de Oportunidad en el sistema Acusatorio. 3. Desde la Obligatoriedad en el Ejercicio de la acción penal y la discrecionalidad absoluta, hasta la discrecionalidad reglada del Principio de Oportunidad. 4. Relación del Principio de Oportunidad con otros principios procesales. 5. Argumentos a favor y en contra del Principio de Oportunidad. 6. Conclusiones. 7. Recomendaciones. 8. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El proceso penal cubano bajo las exigencias criminológicas de la contemporaneidad, ha sido poco estudiado, nos hemos quedado orientados en una concepción legalista y de obligatoriedad de la persecución estatal, frente a una realidad que necesita otras miradas.

Nos caracteriza una Legalidad absoluta, con atisbos de criterios de Oportunidad, una creciente criminalidad no convencional², lo que junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico³ al delito convencional de escasa envergadura, nos obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo hagan más pronto, eficiente y menos costoso.⁴

Se impone una reformas procesal que responda al nuevo escenario económico- social y delictivo del país, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social, creado por el delito sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten, despojado de formalidades innecesarias, con suficientes alternativas donde la vía judicial se prevea como la última a utilizar y un papel más activo de los sujetos procesales en el control de las garantías y derechos de los intervinientes.

1 Jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Directora de Formación y Desarrollo del Tribunal Supremo Popular y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

2 Según estadísticas oficiales del Tribunal Supremo Popular en los últimos años ha existido un aumento en la radicación de causas por tipologías delictivas no convencionales, con marcada tendencia a la organización y distribución de tareas entre los intervinientes en las cadenas delictivas.

3 Cuba no escapa de la tendencia mundial de la necesidad de reducir el costo económico en materia de la impartición de justicia, porque no hay duda que es un volumen importante el que demanda esta actividad, inquietud compartida por la máxima dirección del Tribunal Supremo Popular, que orientó estudios encaminados a conocer los costos de los distintos procesos judiciales, por materias y territorios.

4 Lo que se adecua perfectamente al momento histórico que vivimos y está en plena correspondencia con el llamado que se nos hace a todos los cubanos en los lineamientos económicos del VI congreso del PCC.

La implementación del principio de Oportunidad en el proceso penal cubano constituiría una herramienta eficaz de política criminal en el enfrentamiento efectivo al delito, teniendo en cuenta siempre, que se requiere de mecanismos eficaces de control y adecuados a nuestra realidad e idiosincrasia jurídica.

PALABRAS CLAVE: proceso penal, derecho procesal penal, principio de oportunidad.

ABSTRACT: The Cuban criminal proceedings under the criminological demands of contemporaneity, has been little studied, we have been oriented in a legalistic and mandatory state persecution conception, facing a reality that needs other eyes.

We characterized an absolute Legality, with hints of criteria Opportunity, a growing unconventional crime, which together with the need for more effective treatment and economic conventional crime of limited scope, forces us to search for simplifying process mechanisms criminal, do so sooner, efficient and less costly.

a procedural reforms to respond to the new social and criminal-economic scenario of the country, in line with the most modern procedural doctrine, where the solution to the social conflict created by the crime is the centerpiece of all actions are implemented is imposed, stripped of unnecessary formalities, sufficient alternatives where the courts is foreseen as the last to use and a more active procedural subjects in the control of the guarantees and rights of participants role.

The implementation of the principle of opportunity in the Cuban criminal proceedings would be an effective tool of criminal policy in the effective confrontation of crime, always taking into account that requires effective control mechanisms and adequate to our reality and legal idiosyncrasies.

KEY WORDS: criminal procedure, criminal procedural law, the principle of opportunity.

1. Fundamentos de política criminal que legitiman el principio de Oportunidad.

1.1 Surgimiento y Evolución Histórica

Con el fin de encontrar el origen social y hermenéutico del Principio de Oportunidad se hace necesario abordar las características fundamentales que identifican los sistemas puros de enjuiciar: Inquisitivo y Acusatorio.

Sistema Inquisitivo

Cuando la ofensa privada deja de ser la esencia del delito y se traslada a la sociedad, surge en ésta la necesidad de crear un sistema eficaz que le permita neutralizar el daño ocasionado con el delito, la identificación de los responsables para su juzgamiento y la sanción para la reparación de los perjuicios causados.

Este sistema, denominado inquisitivo o inquisitorio, implica los siguientes elementos.⁵

- a) Iniciación de la investigación de oficio, sin el requerimiento de acusación particular.
- b) La existencia de funcionarios e instituciones permanentes para adelantar las investigaciones. Carácter irrecusable de los juzgadores debido a que su legitimidad y autoridad dependen de la sociedad misma que los designa.
- c) Procedimiento escrito y sometido a la reserva e incluso al secreto aún para el procesado, con el fin de proteger la eficacia de la investigación y su protección de indebidas interferencias.
- d) Papel decididamente activo de los funcionarios en el proceso, que comprende tanto la iniciación como el impulso oficioso del mismo, para lo cual están dotados de amplias

5 Cardona Galeano, Juan Pablo. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ed. Leyer. Bogotá, Pa g 35, 2003

facultades para la adopción de todas las medidas que consideren conducentes para el éxito de su cometido, incluida la facultad para disponer de la libertad de las personas investigadas y para adoptar medidas cautelares y comisorias sobre sus bienes.

En este sistema el procesado ocupa una posición de inferioridad e inseguridad, sus posibilidades de defensa eran menguadas, casi nulas, frente a la desmesurada potestad de sus juzgadores; en efecto, el procesado llegó a verse incomunicado desde su captura e incluso aislado de asesoría legal, sometido a forzosas indagatorias bajo presión directa o indirecta, sin control ninguno sobre el decreto y práctica de las pruebas y, sobretudo, a merced de la valoración e interpretación de las pruebas determinadas por los mismos juzgadores que magnificaban los elementos incriminatorios mientras desechaban los elementos exculpatorios para arribar a una decisión a la cual no podía tener acceso el procesado.

El nombre del sistema inquisitivo o inquisitorio tiene alguna relación con los procedimientos utilizados por la inquisición española a la cual diversas bulas pontificias autorizaron el uso del tormento como instrumento legal que permitiera obtener del procesado la confesión de su culpa que constituiría el factor determinante de su condena. En algunos países llegó a acentuarse el sistema inquisitivo hasta los extremos de ocultar la identidad de los testigos de cargo e incluso la identidad de los investigadores y de los jueces, colocando al procesado en la completa ignorancia sobre personajes sin rostro que estaban decidiendo sobre su inocencia y sobre la privación de su libertad.

Las primeras etapas de la actuación iban convirtiéndose en la base de las etapas subsiguientes, de tal manera que los funcionarios intervinientes posteriores se apoyaban en las actuaciones de los primeros legitimándose unos a otros desde el inicio hasta el fin de la actuación procesal, de tal manera que la intervención de los funcionarios de Policía se convertía en la base de la instrucción fiscal y esta última en la pre-redacción de la sentencia; en estas condiciones la pluralidad de sucesivas etapas del proceso era sólo aparente y formal, pues a la luz del carácter inquisitivo del proceso pareciera que todo procesado debía ser necesariamente condenado para satisfacer la defensa de los intereses sociales encomendada a sus instituciones judiciales.

Se llegó en algunas épocas a la situación de que el mismo funcionario que calificaba el mérito del sumario adelantaba la etapa del juicio y dictaba sentencia sobre la acusación por él mismo formulada. Éste sistema llevado al extremo ha terminado por consagrar excesos en detrimento de los procesados a tal punto que llevó a Beccaria a sostener que "el juez se convierte en enemigo del reo" y que "no busca la verdad del hecho, sino que busca en el preso el delito".⁶

En la mayoría de los países se buscó controlar estos excesos mediante la adopción de mecanismos de control y medidas que garantizaran que se adelantara el proceso con una mayor imparcialidad. Fue así como se introdujeron reformas en lo referente a la regulación de la prueba y su fuente legal; el establecimiento de causales de nulidad para el proceso cuando se vulneren de manera notoria las garantías procesales; y finalmente, la existencia de un proceso en dos instancias, de tal manera que los errores en que pueda incurrir el fallador de primera instancia puedan ser corregidos por el superior.

Surge entonces el sistema procesal mixto, sin los rigores del sistema inquisitivo puro, en éste, el fiscal tiene funciones de investigación e instrucción del proceso, las cuales culminan en resolución de preclusión o de acusación. En este último caso, el proceso continúa con la etapa del juicio que se ventila ante el juez y donde el fiscal es un sujeto procesal.

Durante la etapa de investigación e instrucción del proceso el fiscal no solamente recopila la prueba sino que la valora y califica para decidir si acusa o no, con lo cual ejerce frente al material probatorio un doble papel de fiscal y juez. Igualmente, frente al

6 Beccaria, Cesare. De los delitos y de las penas. Ed. Alianza Editorial. Madrid, pag 87, 1998

procesado, el fiscal ejerce en alguna forma el papel de juez al disponer directamente acerca de, allanamientos, capturas y medidas cautelares sobre él y sus bienes. Esta confluencia en la figura del fiscal de las facultades arriba anotadas es lo que diferencia al sistema mixto del sistema acusatorio, este último con una nítida separación entre las funciones del fiscal que investiga y acusa y la función decisoria que corresponde exclusivamente al juez.

Sistema Acusatorio

El principio acusatorio, donde se separadas radicalmente la función de acusar y la función de juzgar es el rasgo que lo identifica y se comporta en dos vertientes fundamentales:

- a) Corresponde al fiscal una labor previa de investigación caracterizada por la recopilación de los elementos que le permitan formular una acusación cuando considere que el investigado ha incurrido en una infracción a la ley penal. Si el trabajo investigativo no arroja la prueba necesaria para formular acusación, el fiscal se abstendrá de hacerlo y, en consecuencia, no se llevará a cabo un juicio penal. Para tomar su decisión de acusar o no acusar, el fiscal elaborará un raciocinio propio que no es equivalente a la valoración de la prueba que realiza un fiscal en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva para dictar una resolución de preclusión o una resolución de acusación. Por ello, se reitera, la función fiscal está definitivamente diferenciada de la función judicial. En efecto, en el sistema procesal penal mixto con tendencia inquisitiva, el fiscal decreta y practica pruebas que tienen el carácter legal de tales y que él mismo valora en las resoluciones que dicta. En cambio en el sistema penal acusatorio, la única prueba legalmente válida es la decretada por el juez y practicada en desarrollo del juicio y, como tal, únicamente puede ser valorada como prueba por el juez para dictar sentencia.
- b) Y por otro lado, en el sistema acusatorio el fiscal no tiene facultad legal para adoptar por sí mismo medidas relativas a la persona investigada o a sus bienes, facultad que es exclusiva del juez. En consecuencia, el fiscal no está facultado para allanamientos, detenciones o medidas cautelares, pues cualquier medida de esta índole se requiere autorización judicial.

Existen otras características del sistema acusatorio, pero complementarias del principio acusatorio y en ningún caso lo reemplazan ni ocupan un lugar jerárquicamente superior al mismo:

- a) *Oralidad*: Que implica no solamente el uso del lenguaje oral sino fundamentalmente la contraposición de argumentos entre el acusador y el acusado en presencia del juez que debe decidir quién tiene la razón. Si bien es cierto que la oralidad no es esencial al sistema acusatorio, también puede afirmarse que la oralidad facilita de mejor manera la inmediación del juez con respecto a la prueba, con la natural ventaja que de ella se deriva para la convicción del juez, ya que el debate oral tiende a crear en el juzgador una directa certeza acerca de la culpabilidad o no del procesado, con lo cual se acrecienta la posibilidad de acierto en la sentencia de primera instancia mientras decrece la necesidad de la segunda.
- b) *Publicidad*: el acusador se ve obligado a presentar públicamente su acusación, la cual es ventilada en un juicio público en donde la comunidad puede percibir directamente el desenvolvimiento del proceso y la defensa encuentra en ese mismo escenario público una mejor posibilidad de que sean igualmente conocidos los argumentos aducidos para desvirtuar las pruebas presentadas por el acusador.
- c) *Contradicción*: El fiscal acusador y el procesado se encuentran en un mismo nivel frente al juez. Esta constituye una mejor manera de confrontación en la que puede darse una real dicción y una real contra-dicción a la manera auténticamente dialéctica, por la libertad que este sistema brinda al debate en el juicio, la que debe ser garantizada por el juez que lo dirige imparcialmente.

- d) *Celeridad*: Es una garantía complementaria para la defensa del procesado, al coincidir con una gran valoración de la libertad de los procesados, de tal manera que se trata de evitar en lo posible la privación de la libertad del acusado antes de que sobre él recaiga la sentencia. Y que el proceso discurra dentro del menor término posible
- e) *Inmediación*: Todas las pruebas deberán realizarse a los ojos mismos del juzgador de forma que él pueda con su presencia garantizar el rigor de su recaudo y elaborar sus conclusiones valorativas por sí mismo. En ningún caso se tratará de repetir las pruebas practicadas por el funcionario investigador, sino que se les negará a éstas el carácter de prueba real que sólo podrá predicarse de las pruebas practicadas en el curso de la audiencia de juzgamiento.
- f) *Concentración*: El sistema acusatorio pretende la reconstrucción probatoria de los hechos en la audiencia de juzgamiento, efectuada con tal exactitud cuantitativa y cualitativa que en un solo golpe de aprehensión permita al juez la elaboración de su certeza sobre la culpabilidad o no del procesado, producida la cual se pretende una sentencia que deje satisfechas a las partes
- g) *Identidad del juzgador*: Se realiza de manera concentrada y con debate contradictorio en presencia del juez, favorece la adopción de un veredicto inmediato en el juicio con jurados de conciencia o de una sentencia inmediata en el caso de un juez togado, con lo que se garantiza el acierto de la misma. Esta característica que acompaña al sistema acusatorio, se ve acrecentada con la obligación que se impone al juez togado de anunciar al final de la audiencia de juzgamiento cuál será el sentido de su decisión final aun cuando ella deba requerir algunos días para la redacción de su texto escrito.

En resumen los trámites del proceso acusatorio comporta dos funciones claramente definidas: la del fiscal que acusa y la del juez que juzga. Ello implica que corresponde al fiscal tomar la decisión de formular o no acusación contra el ciudadano sobre el cual ha adelantado la actividad investigativa.

La facultad de elección puede ser absolutamente discrecional como en el sistema anglosajón puro, o reglada como la que opera en el continente europeo y que es conocida con el nombre de Principio de Oportunidad, figura a la cual nos referiremos a continuación.

2. El Principio de Oportunidad en el sistema Acusatorio.

Para hablar del sistema procesal acusatorio tenemos que hacer referencia obligada a los dos más importantes países de cultura anglosajona en los cuales éste tiene plena vigencia: El Reino Unido, conformado por Inglaterra y el país de Gales, ya que Escocia se apartó de los lineamientos del sistema inglés, y los Estados Unidos de América. Pues en ellos funciona de maneras diferente.

En Inglaterra y el país de Gales el ejercicio de la acción penal es ejercida a título privado por los particulares que tienen interés en acudir ante el juez para que juzgue sobre una conducta que ellos consideran lesiva para sus intereses. No existe pues ni el carácter público de la acción penal ni tampoco existe el monopolio del ejercicio de la acción penal en cabeza del Estado. La única manera de que la acción penal se ponga en marcha consiste en la denuncia presentada por una persona particular, aun cuando esa persona particular sea un funcionario de la policía. Instaurada la denuncia ante el juez, éste adelantará el juicio y concluirá en una decisión de carácter obligatorio para las partes. Significa esto que el ejercicio de la acción penal carece en absoluto de obligatoriedad, caracterizándose por una discrecionalidad ni limitaciones.

Si un funcionario policial tiene conocimiento de una acción delictuosa, decide libremente si lleva a juicio a su autor o no. En un gran número de ocasiones el funcionario utiliza su criterio amonestando al infractor para que revise su comportamiento, dejándole claro que la benevolencia con la cual se le trata en esta ocasión quizá no se repita en el futuro. Puede también dicho funcionario conversar con el infractor para convencerlo de aceptar ser conducido ante el juez bajo una acusación mitigada que pueda significarle una fórmula de juicio expedita y una sentencia significativamente más benigna que la que le

sería impuesta en el caso de resistirse al arreglo y ser llevado a un juzgamiento por un cargo de mayor gravedad que el que podría acordarse voluntariamente.

Las razones de tipo histórico y socio-cultural que tendríamos que emplear para explicar porque funciona este modelo en Inglaterra y el País de Gales, se alejan de las pretensiones de este trabajo pero lo cierto es que a ellos le funciona y ha servido de modelo para quienes desean modificar otros sistemas.

En el sistema procesal acusatorio de los Estados Unidos de América el ejercicio de la acción penal por el conocimiento de una conducta delictuosa constituye un monopolio del pueblo, que actúa a través de los fiscales estatales o federales, según se trate de un delito estatal o federal. En consecuencia, existe un sistema penal acusatorio caracterizado por la acción pública ejercida de manera monopolística por los fiscales, lo que excluye la acción penal privada. Pero al igual que en Inglaterra y el País de Gales, el fiscal cuenta con la más absoluta discrecionalidad para decidir si su investigación culmina o no en la acusación ante una corte judicial estatal o federal, ya que los fiscales deciden por sí y ante sí mismos a cuáles de las personas investigadas llevan a juicio y a cuáles no, y en los casos afirmativos deciden los fiscales bajo qué cargos más leves o más graves formulan la acusación, de tal manera que para un particular investigado existe la favorable situación de escoger su juicio y conocer de antemano aproximadamente el monto de su condena.

Los fiscales federales y estatales gozan de esta autonomía discrecional debido a que ellos, independientemente de que sean elegidos popularmente o designados por el ejecutivo con el beneplácito de los entes legislativos federales o estatales, no representan a ninguna institución de los tres poderes políticos tradicionales, sino que representan exclusivamente al pueblo de los Estados Unidos de América a quien únicamente rinden cuentas, con una sanción por excelencia política pues dichos cargos son considerados obligatorio punto de paso para quienes aspiren a ostentar las altas dignidades del poder político.

En los Estados Unidos cuando el delito investigado se presume ha sido cometido por un funcionario público, bien sea en materia relacionada con el ejercicio de sus funciones o con actividades ajenas a las mismas, la investigación es adelantada por un fiscal especial ad hoc.

El fiscal norteamericano o el particular inglés hayan decidido ejercer la acción penal contra un presunto infractor, deberán concurrir ante la corte judicial correspondiente para formular allí la acusación. La Corte recibirá en sesión al acusador y al acusado en pie de igualdad y rituará con ellos un juicio en el que se decretará y practicará la prueba de cargo y ésta será valorada con la exigencia de que produzca en el ánimo del juzgador (jurado de conciencia o magistrado según sea el caso) la certeza o no de la culpabilidad del procesado, ya que éste nada tendrá que probar en su favor al encontrarse amparado por la presunción de su inocencia sin sujeción a prueba de la misma, pues éste es el fundamento sin el cual no podría funcionar de ninguna manera el sistema penal acusatorio.

Los argumentos anteriores son la base fundamental para asegurar que en los países donde se originó el sistema penal acusatorio (Estados Unidos de América, Inglaterra y el País de Gales) no se menciona siquiera la expresión "principio de oportunidad", pues en ellos la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta. La mencionada denominación tuvo su origen en los países del continente europeo con régimen penal mixto con tendencia inquisitiva que, dentro de la dinámica del acontecer social, se vieron abocados a cuestionar la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad de formular la acusación en el ejercicio de la acción penal debido al inmenso número de procesos frente a las limitaciones del aparato judicial. Este cuestionamiento los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que ellos justificaron por razones de conveniencia o de oportunidad social. Pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que a raíz de esta salida procesal por razones de conveniencia o de oportunidad, nació a la vida del derecho procesal europeo la figura del "principio de oportunidad".

3. Desde la Obligatoriedad en el Ejercicio de la acción penal y la discrecionalidad absoluta, hasta la discrecionalidad reglada del Principio de Oportunidad

La tensión originada entre el imperativo de defender el principio de legalidad y la necesidad de resolver de alguna manera la imposibilidad de las instituciones judiciales para abordar la totalidad de las conductas investigadas, surgió una solución intermedia: sin reemplazar en su totalidad el sistema procesal con preponderancia inquisitiva por el sistema acusatorio anglosajón, facilitar la adopción progresiva de un sistema procesal mixto con las siguientes características:

a) La separación nítida de funciones entre instrucción y juzgamiento, de tal manera que el funcionario instructor ejerza de manera exclusiva la acción penal en representación del Estado para salvaguardar el Principio de Legalidad, que la inmensa mayoría de los países que conforman el mundo occidental considera el fundamento del Estado de Derecho, limitando su poder sobre la libertad y los bienes de los procesados, y demarcando sus funciones a la investigación de los hechos y a la formulación de la acusación, la cual deberá ser debatida en la audiencia pública de juzgamiento en donde se librará realmente el debate probatorio acerca de la responsabilidad del procesado, utilizando para ello procedimientos más o menos similares a los acostumbrados en el sistema procesal acusatorio anglosajón; y b) La adopción de una política criminal del Estado que, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, confiera al funcionario instructor la facultad para permitirle la abstención de investigación y acusación sobre ciertas conductas, lo que en el derecho continental europeo se denomina discrecionalidad reglada o principio de oportunidad reglado.

Al decir de Guerrero Peralta, esta discrecionalidad reglada, también denominada oportunidad reglada o principio de oportunidad reglado, nació a la vida jurídica del procesalismo europeo no como una excepción al principio de legalidad ni como flexibilidad del mismo, sino "como un componente del principio de legalidad, es decir, que los supuestos legales que permiten la abstención del órgano de investigación y acusación sobre ciertas conductas, no se aprecia como oportunidad o conveniencia, sino que las abstenciones al estar consideradas por la ley señalan las reglas a que debe estar sometida tal actividad y por lo tanto obran como complemento de la misma legalidad".⁷

El principio de oportunidad⁸ tiene su primera manifestación legislativa en Alemania⁹ a través de la "Ley Emminger", de 4 de enero de 1924 –artículo 153–, en virtud de la cual el ministerio público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

El principio de Oportunidad tiene sus orígenes en Alemania¹⁰ a través de la "Ley Emminger", de 4 de Enero de 1924 –artículo 153–, en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

En las décadas del 50 y 60, donde reinaba la incertidumbre respecto al cumplimiento de los fines de las sanciones privativas de libertad, pues muchos de los que cumplían esta sanción no modificaban su conducta, aumentó el número de reincidentes y se comenzó a buscar otras salidas no detentivas se recurre al principio de Oportunidad como posible solución.

7Guerrero Peralta, Oscar Juliá. Procedimiento Acusatori y Terminación Anticipada del Proceso Penal, Ed Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Págs. 109, Bogotá 1998

8 es la institución procesal que permite al representante del ministerio público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en el ordenamiento procesal penal.

9 BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth: El principio de oportunidad, publicado en la página Web www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf, consultada 17/1/2011.

10 BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth: El principio de Oportunidad, publicado en la página Web www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf, consultada 17/1/2011.

El desarrollo del referido principio se ubica a partir del año 1977, conjuntamente con el movimiento internacional reformista del Derecho penal que acomete el proceso de descriminalización de conductas que hasta ese momento fueron tipificadas como delitos e introdujo nuevas prácticas procesales, una de ellas es que en casos de escasa gravedad se autoriza al Ministerio Fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de ejercer la acción penal, con la atribución de una carga pecuniaria en los casos de mínima importancia, con el consentimiento del acusado. Todo ello en búsqueda de mayor humanización y eficacia del Derecho penal.

En la segunda mitad del siglo XX, con el proceso de reformas del Derecho penal a un Derecho penal moderno, toma su mayor auge este principio, con su incorporación a legislaciones procesales de muchos países, como se puede verificar desde el Derecho comparado, así ocurrió también con diferentes postulados, como el de *última ratio* con relación a la sanción privativa de libertad, el principio de la proporcionalidad y las manifestaciones de las vías alternativas a la solución de conflictos.

La implementación del principio de Oportunidad desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de Legalidad, conocido además como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de Derecho.

Concepto

El principio de oportunidad, para Gimeno Sendra, se puede conceptualizar como "la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado."¹¹

Otros autores lo definen como "aquél que trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales ordinariamente debía de acusarse por ser un aparente hecho delictivo."¹²

Por su parte, Julio Maier,¹³ manifiesta al respecto que *oportunidad* significa la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o incluso frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informal, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.

Una definición general a asumir durante el presente trabajo podría ser la siguiente: "Es la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos o de suspender la acción iniciada, en casos predeterminados por la ley."

4. Relación del Principio de Oportunidad con otros principios procesales

La primera reflexión nos conduce entrar a determinar por qué la Oportunidad es un principio.¹⁴

11 Gimeno Sendra, Vicente y Otros; Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993. Págs. 62-72.

12 González Álvarez, Daniel; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio de 1993, año 5, No. 7, Pág. 67.

13 Maier, Julio; Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi, SRL, Buenos Aires, 1989, Pág. 555 y ss.

14 En la actualidad, el estudio de los principios del proceso penal, presenta diversas clasificaciones de acuerdo con el criterio metodológico del autor, compartimos el expuesto por MENDOZA DÍAZ, Juan, quien los estudia mediante la división metodológica siguiente: Principios del Derecho Judicial Orgánico, Principios del Proceso y Principios del Procedimiento, ubicando el principio de Oportunidad

Los principios procesales son aquellas primicias máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del Derecho procesal, constituyendo el origen y la naturaleza jurídica de todo sistema procesal, a la vez que actúan como directrices que orientan a las normas jurídico procesales que logren la finalidad que medió su creación. Estos principios se pueden encontrar en las constituciones, leyes procesales y en la propia jurisprudencia, su valor como fuentes del Derecho es vital a la hora de interpretar las normas escritas, es por esto que los principios procesales tienen la función de suplir algunas lagunas o ambigüedades que pueden darse en el Derecho procesal y se consideran normas que integran el ordenamiento, llegando a constituir el vértice o columna vertebral de la estructura procesal.¹⁵

La Oportunidad tiene todos los requisitos antes descritos para ser considerada principio procesal ya que establece reglas generales, claras y precisas para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo, ella obedece a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación, el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento para conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican, se establece en la mayoría de los textos constitucionales, leyes de procedimiento penal y constituye fundamento jurídico para la toma de decisiones por el sujeto procesal autorizado en Ley.

Un ordenamiento penal está informado por el Principio de Oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio incoando el procedimiento o archivándolo, significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución estatal prescindan de ella.

Todos los principios procesales se interrelacionan entre sí, ninguno puede valorarse independientemente, pero hemos seleccionado cuatro de ellos por ser los que más se ha utilizado para oponerse a la utilización de principio de Oportunidad.

- **Principio de Legalidad**

El *principio de legalidad* se ha definido como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente la Policía y el Ministerio Público) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.¹⁶ Este funciona como regla obligatoria de persecución penal de todos los hechos que generan hipótesis de delitos de acción pública.

Este *principio de legalidad* se basa en las *teorías absolutas* de la pena y, por ello, está cargado de un alto grado ético. Su valor reside en la pretensión de igualdad de las personas ante la ley, de conservar al máximo la división de poderes y en la idea que la solución del conflicto provenga de un juicio público, contradictorio y oral preestablecido en la ley.

No obstante lo anterior, este principio ha sido reformulado en las últimas décadas por las bases ideológicas que lo sustentan. Así, la idea retributiva de la pena está siendo superada por las *teorías utilitarias*. Además su aplicación rigurosa genera inconvenientes, principalmente un congestionamiento del aparato represivo por la persecución

dentro de los Principios del Proceso, específicamente entre ellos los relativos al objeto del proceso. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Universidad de La Habana, Cuba y Universidad Autónoma "Juan Misael Saracho", Tarija, Bolivia, 2001, pp. 8 y 9. Otras clasificaciones las podemos encontrar en GONZÁLEZ ALCANTUL, David. Manual de Derecho Procesal Penal Militar. Tomo I. 1985, RODRÍGUEZ GAVIRIA, Antonio, "Los principios del Derecho Procesal Penal Cubano." Revista Jurídica No.12. jul.-sept. 1986. Ministerio de Justicia. MAIER, Julio, ob. cit., pp. 233-603.

¹⁵ <http://slslhtml.rincondelvago.com/principio-procesales-1.html>, consultada en fecha 7/1/2011.

¹⁶ Cafferata Nores, José; Ob. cit., Pág. 22.

indiscriminada de delitos, o por el entorpecimiento del Ministerio Público en la investigación de la criminalidad organizada y la obstaculización en la reinserción de los delincuentes de baja peligrosidad.¹⁷

Se ha señalado siempre como contracara del *principio de legalidad* la disponibilidad o *principio de oportunidad*. Este implica elegir, a través de órganos estatales, qué casos excitarán la actividad represiva del Estado. El *principio de oportunidad* encuentra su respaldo en las *teorías relativas* o *utilitarias* de la pena estatal, por ello los motivos que lo avalan se vinculan más a los criterios de orientación a fines, consecuencias y efectividad del sistema.

Es importante señalar, que la principal objeción para la adopción del *principio de oportunidad* ha sido siempre su oposición con el de *legalidad*. Al respecto se debe recordar que si bien el *principio de legalidad* es la regla general que rige nuestra normativa penal e implica que el proceso penal deba iniciarse ante la sospecha de la comisión de un delito, sin que la Fiscalía esté autorizada para prescindir de dicha persecución a su discreción. Su aplicación rigurosa es ilusoria de realizar en la praxis de la persecución penal, por ello surgen criterios de selección natural difícilmente controlables.

Los avances en la dogmática se encargaron de cambiar los fundamentos originales del principio de Legalidad, precisamente por la sustitución de las teorías absolutas de la pena, por las de prevención general y especial, que pretendían ver la punición relacionada a su propia necesidad y utilidad, y es aquí donde se justifica la existencia del principio de Oportunidad. Es decir, la evolución misma del proceso penal y los avances alcanzados en la Criminología fueron moldeando el férreo paradigma de la Legalidad y persecución total del delito como un caso en sí, para adoptar un modelo más previsor, más de hecho, donde la preocupación central va a estar dirigida a la búsqueda de una solución al conflicto social generado por el ilícito cometido.¹⁸

Que el principio de Oportunidad llega a la contienda penal a corregir la disfuncionalidad de los criterios de Legalidad no tiene sólida fundamentación teórica, aunque ROXIN, lo define como: "la contraposición teórica del principio de Legalidad, mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso– cuando, las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito"¹⁹, estos criterios que contraponen o enfrentan ambos principios han sido superados en la doctrina procesal actual.

No obstante, la supuesta contraposición entre ambos principios, se puede afirmar que *oportunidad* y *legalidad* no son términos que se excluyan o sean incompatibles entre sí. Pues si es la propia ley penal la que fija los supuestos en que será utilizada la *oportunidad* no se contradice per se al *principio de legalidad* propiamente dicho, ya que es el resultado de una decisión de política criminal estatal adoptada por el legislador.

En este sentido, Hassemer,²⁰ ha señalado que la relación entre *legalidad* y *oportunidad* es un problema de implementación del derecho, antes que un problema teórico jurídico. Depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público sobre ellos y de la confianza popular, que de los textos legales en sí mismos. Para este autor, en caso de que esta relación se produzca, se debe tomar en consideración que los *criterios de oportunidad* deben estar determinados con precisión para resguardar la igualdad y el Estado de derecho, eliminando reglas vagas. Debe existir una instancia jurisdiccional de control

17 Tijerino Pacheco, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, Pág. 89-90.

18 GARCÍA DEL RIO, Rosa: El principio de oportunidad. Ediciones Legales, Lima, 2000, p.2.

19 CLAUS, Roxin, Dercho procesal Penal. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. p.90 y ss.

20 Hassemer, Ob.cit., Pág. 8.

para las decisiones de los órganos de persecución, a fin de resguardar la separación de poderes, además de implementar la aquiescencia de la víctima, como instancia de control y para no lesionar intereses particulares. Además, requerir la fundamentación de las decisiones que apliquen el *principio de oportunidad*, para posibilitar el control público.

De lo anterior se deduce que dentro del mismo *principio de legalidad* se pueden incluir, por parte del legislador, determinadas excepciones, las cuales deberán encontrarse debidamente delimitadas en las leyes penales para no contradecirlo y que resultan útiles para encontrar un punto de equilibrio entre un sistema de justicia ideal y un sistema verdaderamente eficaz inclinado a los fines del derecho penal.²¹

- Principio de Obligatoriedad

Anteriormente concluimos que no existe contraposición entre el *principio de oportunidad* y el de *legalidad*. No obstante, algunos han afirmado²² que en realidad el *principio de oportunidad* se contrapone con el de *obligatoriedad* que debe regir la actividad requirente del Ministerio Público.

Este último principio tiene dos dimensiones. En primer lugar, la promoción de la acción y, en segundo lugar, la prosecución de la acción, entendida esta última como irretractibilidad al no poderse suspender, interrumpir o hacerse cesar la acción penal una vez ejercida.

La promoción de la acción penal en cambio, se encuentra referida a la actividad fiscal consistente en requerir el pronunciamiento del juzgador para un caso concreto.

En ese orden de ideas, la promoción de la acción penal a que se encuentra obligada la Fiscalía se agota con la sola presentación del *requerimiento* respectivo, en el cual el fiscal plasmará la concreta pretensión para cada caso, la ley lo faculta para solicitar la Instrucción, el *sobreseimiento definitivo*, el *sobreseimiento provisional*, la aplicación del *procedimiento abreviado*, la aplicación de un *criterio de oportunidad*, etc. Lo anterior no implica que el fiscal se exima de la obligación de fundamentar fáctica y jurídicamente sus peticiones.

La acción se define como un derecho subjetivo consistente en la facultad de excitar al órgano jurisdiccional a fin que se pronuncie acerca de una determinada pretensión.

En base a este principio el fiscal actúa con imparcialidad y objetividad, en busca de la reconstrucción de la verdad de los hechos, facultándolo incluso para obtener la prueba de descargo respectiva, por lo que no se espera que el fiscal se convierta en un acusador a ultranza.

En ese orden de ideas cuando la Fiscalía solicita la aplicación de un *criterio de oportunidad* está cumpliendo con su obligación de promover la acción penal, pero con la pretensión específica de prescindir de la persecución punitiva por razones de política criminal taxativamente señaladas en la ley penal.

En ese sentido, el *principio de obligatoriedad*, bajo la modalidad de la prosecución de la pretensión penal, es el único que podría oponerse al de *oportunidad*, pero ésta última no se encuentra plasmada en nuestra normativa como una obligación del Ministerio Público, quien tiene la potestad, luego de analizar cada caso, de decidir sobre la solicitud que planteará ante el órgano jurisdiccional.

21 En este sentido se debe aclarar que la alternativa entre legalidad y oportunidad es equivocada, pues al plantearse la cuestión en los términos de los defensores de la legalidad lo que está en juego es la concepción sobre el fin de la pena, así como los fines que deben conseguirse con el proceso penal, pues con un principio de legalidad que implique una persecución absoluta de todos los hechos penales el proceso no va a ser un medio para dar solución a los conflictos sociales, ni la pena un instrumento que precisa ser útil y necesario como proceso legitimador de su aplicación.

22 Chang Pizarro, Luis Antonio; Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal, Editorial Jurídica Continental, 2da Edición, San José, 2000, Págs. 68-72.

- Principio de Igualdad de las personas ante la ley

El cumplimiento de este principio en la formulación de la ley significa la facultad que al legislador le asiste de dictar normas que hagan las diferenciaciones normativas correspondientes a las desigualdades reales, las cuales no pueden ser excesivas. Además, señala que la medida que el legislador debe respetar es la del constituyente, pues las diferenciaciones no pueden conculcar derechos y garantías establecidos para las personas que implicarían una desproporción de los medios empleados.

Este principio vincula al operador de justicia en el sentido de aplicar la ley de igual manera a todos los ciudadanos sin ninguna diferenciación, salvo las que el legislador haya realizado.

Para Roxin,²³ la excepción al *principio de legalidad* resulta del *principio constitucional de proporcionalidad*, esto es de la idea que en el caso particular se debe renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen, lo que da paso al *principio de oportunidad*.

El *principio de igualdad*, se ha visto como un fundamento de la *obligatoriedad* en el ejercicio de la acción penal, ya que presupone que ésta debe aplicarse de igual forma a todo aquél que haya cometido un hecho delictivo.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que la aplicación del *principio de igualdad de las personas ante la ley*, realmente no es absoluto por lo que se generan tratos diferenciados en la aplicación de la justicia,

Asimismo, el legislador ha considerado conveniente regular tratos diferenciados en la ley pena, puede deducirse que al legislador se le ha atribuido la potestad de considerar en qué casos es procedente y correcto desde el ámbito político y criminal que la Fiscalía ejerza la persecución penal por un delito y en qué casos no lo es, luego de hacer un análisis de proporcionalidad entre el medio y el fin que se obtendrá.

En estos casos se valora, por ejemplo, entre los costos y beneficios de conceder una inmunidad a un imputado a cambio de la colaboración de éste en la investigación, en pro de la efectividad del proceso o bien aplicar la sanción penal correspondiente en detrimento de la investigación de un hecho delictivo; o en otro caso efectuar una ponderación entre la insignificancia de un hecho y la necesidad de imponer una pena, sin tomar en cuenta la utilidad y necesidad de la misma o las repercusiones que esta conlleva (estigmatización, desintegración familiar, etc.).

Al operador de justicia le corresponde al aplicar la ley efectuando estos tratos diferenciados previstos en la normativa penal, siempre y cuando los mismos no riñan con la Constitución y las leyes.

Por ende, si ha optado por la inclusión del *principio de oportunidad* en el sistema penal como opción político criminal, la única forma que se ha previsto para que con ello no se rompa con el *principio de igualdad* de los hombres ante la ley, es que paralelo a la adopción del mismo se establezcan mecanismos de control internos, recomendándose para tal fin por la Organización de las Naciones Unidas la creación de unas directivas fiscales que dispongan en líneas generales los parámetros técnico jurídicos que los miembros del Ministerio Fiscal deben tomar en consideración para aplicar un *criterio de oportunidad*, los que deben responder a una política criminal general y uniforme emanada del Fiscal General de la República, siendo está una forma de regular la discrecionalidad previo al proceso; y posterior al mismo, creándose controles externos que sobre la petición fiscal ejercerán el juez y la víctima.²⁴

23 Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 89-97.

24 Esta es una recomendación contenida en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal. Reglas de Mallorca y también en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de la Habana, 1990.

Al momento de retomar el tema de la igualdad, se nos hizo imposible no referirnos a la seguridad jurídica considerándosele como un elemento esencial de cualquier Estado y que significa, "la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud o ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público."

Consideramos que el tema de la seguridad jurídica debe ser enfocado desde un doble plano:

- a. En el plano subjetivo: que implica la confianza del ciudadano creada por conocer de antemano cómo debe ordenarse su conducta y que es lo que se espera que harán los demás incluyendo el Estado,
- b. En el plano objetivo: mediante la creación de un sistema normativo que opere con los medios adecuados para asegurar dicho sentimiento de seguridad en los ciudadanos. Es una certidumbre que se pueda contar con reglas de derecho, con igual aplicación y en determinados supuestos creados o calificados por el derecho.²⁵

A consecuencia de lo anterior, surge la obligación del Estado de garantizar que en lo posible existirá una igualdad con las consecuencias del empleo de las normas, que generen cierto grado de certidumbre en su aplicación, haciéndose efectiva de esa forma la seguridad jurídica.

Por ello, ante la implementación de institutos jurídicos que implican cierto margen de discrecionalidad para la administración pública -como es el caso del *principio de oportunidad*- se torna indispensable en aras de conseguir esta seguridad jurídica, uniformar criterios de aplicación y el dictado de orientaciones claras y precisas que marquen la línea de aplicación de este principio, preservando de esa forma la confianza de los ciudadanos en las actuaciones del Ministerio Público.

- Principio de necesidad de la pena

Este *principio*, dispone que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias. La anterior afirmación implica dos cosas, a saber: en primer lugar, que el derecho penal debe ser el último recurso ante las transgresiones al ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, que no siempre la perpetración de una conducta delictiva debe llevar aparejada la imposición de una pena, pues ésta se verá justificada en la medida de su utilidad.²⁶

Este principio viene a sustituir el binomio que igualaba la pena al castigo, que constituía una de las premisas de las *teorías retributivas de la pena*, según las cuales la sanción penal encontraba su sentido en la imposición de un mal merecidamente retribuido que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido, siendo superadas actualmente por las *teorías utilitarias de la pena*.

Estas ideas retribucionistas no se pueden sostener en la actualidad básicamente por las siguientes razones:

- a. La finalidad del derecho es la protección de bienes jurídicos, por lo que no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales.
- b. La idea de retribución exige también una pena allí, donde la base de protección de bienes jurídicos no sería necesaria, perdiendo su legitimación social.
- c. La idea que se puede compensar el mal del delito con el mal de la pena sólo es una creencia o fe.
- d. Desde el punto de vista político social la ejecución de una pena que parte del principio de imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización y por ello no es un medio de lucha adecuado contra la delincuencia.

25 López Barja, de Quiroga; Ob. cit., Pág. 15.

26 Moreno Carrasco, Fernando y Otros; Código Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999, Págs. 14-18.

e. La pena no es una expiación de la culpabilidad del imputado, pues no es comprobable que los imputados se arrepientan de sus delitos al cumplir una pena, pues el arrepentimiento es un acto moral, autónomo y voluntario que no puede imponerse por la fuerza.²⁷

Esta *teoría retributiva* de la pena es una de las bases que sustentan al *principio de legalidad*, y ha sido sustituida actualmente por una concepción de la pena orientada en términos generales a su utilidad, a los *principios de resocialización* (prevención especial); o a la influencia del derecho penal en la conciencia social (prevención general).

Actualmente se considera que son estas *teorías utilitarias de la pena* las que se han convertido en uno de los sustentos para la introducción del *principio de oportunidad*, ya que la prevención especial se verá satisfecha con la intensificación en la persecución de los delitos más graves, y la prevención especial lo será con la incorporación de mecanismos basados en el comportamiento futuro del delincuente, la dispensa de penas cortas que conllevan serios daños en los procesos de socialización de los delincuentes de baja peligrosidad y la oportunidad que se le brinda al imputado con su aplicación para insertarse nuevamente a la sociedad.²⁸

Así pues, se puede concluir que es la superación de la idea de pena como castigo por la de pena útil o necesaria, la que ha justificado que el legislador tenga la potestad, en determinados supuestos, de indicar cuándo se puede prescindir de la aplicación de la persecución penal de determinados delitos y, por ende, de la pena, a base de razones de utilidad y necesidad, creando para tal fin salidas alternas al proceso tales como los *criterios de oportunidad*.²⁹

Como se ha podido apreciar el principio de Oportunidad se relaciona con todos los demás, que hemos analizado, sin violar ninguna de sus primicias, pues todo depende de la óptica con que se analice su aplicación y los intereses que se quieran defender, si se trata de buscar solución al conflicto social generado por el delito, no cabe dudas, que ninguno como el, bajo los requisitos, referidos con anterioridad, puede lograrlo.

- Fundamentos del principio de oportunidad

Los fundamentos del *principio de oportunidad*, son una mezcla de razones pragmáticas y a la vez teóricas. Suele mencionarse que su implementación puede ser útil para regular la enorme selectividad intrínseca al proceso penal, pues se considera que es un medio útil y eficaz para controlar el innegable sistema de discreción arbitraria que opera de diferentes formas. Esta selección se presenta antes del procedimiento penal, como durante el mismo y no siempre es controlable. Existe, pues, una *cifra negra de la delincuencia* que indica la cantidad de delitos que no llegan nunca al conocimiento de las autoridades para su persecución por una decisión discrecional de la víctima de no denunciar los hechos, la cual puede verse influenciada por una diversidad de factores.³⁰

También existe un amplio espacio de discreción en la función policial, ya que por razones de exceso de trabajo los agentes de la institución policial deciden, formal o informalmente, tomar o no una denuncia por un hecho que valoran como insignificante o bien, seleccionar en acuerdo con el Ministerio Fiscal una mayor persecución y asignación de

27 Roxin, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, España, 1997, Págs. 81-108.

28 En sentido, Julio Maier, ha expresado que la utilidad como fin y fundamento legitimante de la pena, es lo que justifica al principio de oportunidad, Ob. cit., Pág. 555 y ss.

29 Lo anterior significa reconocer que en la actualidad no se puede concebir un proceso penal que no sirva como medio para solucionar los conflictos sociales, y el concepto de pena que precisa ser útil y necesaria como presupuesto legitimador de su aplicación.

30 López Barja de Quiroga, Jacobo; Instituciones de derecho procesal penal, Ediciones jurídicas Cuyo, Argentina, 2000, Págs. 430-451.

recursos para la investigación de ciertos delitos en un ámbito social en detrimento de otros etc., operando este sistema de discreción de una forma desigualitaria.

En ese sentido Cafferata Nores,³¹ hace alusión a una *cifra dorada de la delincuencia*, constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc., o como simple resultado de la intencional paralización del trámite (piénsese en la prescripción).

Ante esta situación se torna indispensable arbitrar los instrumentos necesarios para que pueda controlarse y racionalizarse este proceso de selección natural procurando la aplicación igualitaria de la ley penal, con la finalidad que este proceso se realice conforme a las pautas que dicte el legislador, ya que de lo contrario se volvería incontrolable. Siendo la forma en que se racionalizan estos criterios una manifestación del *principio de oportunidad*.

En ese sentido, Hassemer, señala como otros fundamentos de este principio los siguientes:³²

1. Es a corto plazo económicamente inconveniente, y a largo plazo políticamente imprudente comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los delitos. Debe recordarse que los recursos materiales y personales son siempre limitados. Por esta razón, se tornó necesario idear mecanismos que permitan a las autoridades realizar sus actividades en la investigación de una manera selectiva.
2. Es efectivo como una forma de descongestionar de trabajo de los tribunales penales y un acortamiento del proceso penal, siendo viable que para hechos (delictivos) de mediana gravedad las autoridades de la investigación cuenten con la posibilidad de soluciones alternativas al proceso, que se traducen en ahorro de tiempo y recursos humanos para el Estado. Esto es parte de la eficiencia que se busca con la implementación de este tipo de institutos jurídicos.
3. Un moderno sistema jurídico penal, orientado hacia las consecuencias, no puede concebirse si lleva adelante un proceso cuando los perjuicios políticos criminales son más altos que el provecho.
4. Otro argumento es su utilidad en el combate de las nuevas formas de criminalidad (narcotráfico, terrorismo, etc.), ya que los Estados se han visto en la necesidad de idear políticas criminales que permitan una efectiva lucha contra este tipo de delincuencia no convencional presentándose como opción la "regulación sobre la colaboración del imputado en el proceso", que es una manifestación del *principio de oportunidad*, para la resolución de asuntos penales donde se puede eximir de pena a aquél sospechoso que ha dado declaraciones importantes sobre un delito, cuando sea la única vía conocida para la obtención de información en este tipo de hechos.
5. También se ha argumentado que el *principio de oportunidad* supone un replanteamiento sobre las tradicionales políticas que informan el sistema de reacción penal, enfocado al interés de aquellas infracciones que revistan una mayor dañosidad social y restringiéndola o eliminándola respecto de los delitos leves. Es una solución alternativa a la tramitación ordinaria del proceso penal.³³

31 Cafferata, Nores, José I.; Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto. S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 30.

32 Cfr. Hassemer, Winfried; La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid. 1989, Pág. 8 y ss.

33 Gatgens Gómez, Erick y Otros; El Principio de Oportunidad-Conveniencia Procesal de la Persecución Penal, Editorial Juritexto, San José, 2000, Pág. 108.

5. Argumentos a favor y en contra del Principio de Oportunidad

Argumentos a favor

Entre los defensores del citado principio encontramos autores como Julio Maier,³⁴ quien manifiesta que el *principio de oportunidad* cumple dos grandes objetivos: a) La descriminalización de hechos, pues existen casos donde resulta innecesaria la aplicación de la pena; b) La eficiencia del sistema penal, pues con éste se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permite el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.

Como ventajas de dicho principio, Maier señala la transparencia al indicar las formas de selección, además de ser un mecanismo de control jurídico y político de la selección que sirve para fijar la responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidir lo hoy oculto en el *principio de legalidad*, orientándose además a la moderna tendencia de los fines político utilitarios de un Estado de derecho.

En ese sentido, Guariglia,³⁵ expresa que la adopción del *principio de oportunidad* reglado constituye el medio más idóneo para erradicar la arbitrariedad que domina actualmente en los procesos de selección que operan dentro del sistema de enjuiciamiento penal.

Entre las ventajas que señala Barrientos,³⁶ para la adopción de este principio encontramos:

- a) Señalar las causas y casos en que procede un tratamiento sencillo y rápido de los asuntos penales.
- b) Controlar la legalidad de las negociaciones y facilitar su conocimiento público.
- c) Orientar prioritariamente los recursos de la investigación y la función del juez hacia delitos de mayor dañosidad social.
- d) Disminuir al mínimo la participación estatal en hechos de poca importancia y priorizar los más graves.
- e) Favorecer el acceso a la justicia y,
- f) Responsabilizar a jueces y fiscales de la procedencia, contenido y legalidad de los casos de desjudicialización.

Gimeno Sendra,³⁷ señala como otra ventaja, la de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y la reinserción de presuntos terroristas que proporcionan una mejor información de las bandas armadas.

Por su parte, José Luis Seoane,³⁸ expresa que el *principio de oportunidad*, en su versión reglada, no tiene que suponer una violación de los principios y normas que rigen el proceso penal, claro está, bajo la adecuada selección de los casos en los que él mismo puede entrar en juego y el establecimiento de una serie de mecanismos de control judicial y de la propia víctima que eviten la posibilidad de un uso abusivo y desleal de la institución, desviándolo de la finalidad que lo justifica.

34 Maier, Julio; Ob. cit., Págs. 555-562.

35 Guariglia, Fabricio; Facultades discrecionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: El principio de oportunidad: El Ministerio Público en el Proceso Penal, Revista Doctrina Penal, No 49-52, Buenos Aires, 1990, Pág. 87 y ss.

36 Barrientos Pellecer, César; mencionado en Rodríguez Campos, Alexander y Otros; El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Juritexto, San José, 2000. Pág. 297.

37 Gimeno Sendra, Vicente y Otros; Págs. 62-72.

38 Casado Pérez, José María y Otros; Código Procesal Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, 1ra Edición, El Salvador, 2001, Págs. 106-121.

Conde Pumpido,³⁹ admite el *principio de oportunidad* reglado, siempre que existan márgenes precisos que establezcan legalmente los supuestos de ejercicio del principio y la existencia de los correspondientes controles, está dentro del campo de la legalidad, pues al usar el Ministerio Fiscal una facultad que la ley le reconoce no puede vulnerarse ésta.

Hassemer,⁴⁰ por su parte considera que los supuestos de oportunidad para que generen el respeto de un Estado de derecho deben estar determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen por completo el *principio de legalidad*, considerando que además en su aplicación deben arbitrarse mecanismos que eliminen en lo posible los peligros que tal principio encierra, y al respecto señala, la participación del juez o tribunal, la aceptación del afectado, la exigencia de fundamento de todo auto de sobreseimiento y el establecimiento de un eficaz procedimiento para obligar a ejercer la acción penal.

Argumentos en contra

Montero Aroca,⁴¹ expone que este principio lo que pretende es limitar los poderes del órgano jurisdiccional fortaleciendo al Ministerio Público, es decir, disminuir el poder de un órgano independiente como son los jueces, para aumentar los poderes de un órgano subordinado al ejecutivo.⁴²

Afirma, que si uno de los argumentos para su adopción es evitar los efectos criminógenos de las penas breves privativas de libertad, debería mejor preocuparnos el perfeccionamiento del derecho penal material o aumentar los poderes del órgano jurisdiccional para sustituir la pena de prisión por criterios establecidos en la ley material, pero no en la ley procesal.

Señala, que el *principio de oportunidad* supone una desvirtuación del derecho penal material por medio del proceso, al basarse éste en dos decisiones políticas: la primera, es la del legislador quien determina cuando una conducta debe ser considerada delito; y la segunda, la atribución de la pena a imponer a cada una de esas conductas. Por ello, la tipificación de una conducta como delictiva, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende atenta contra sus intereses generales a tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal.

En ese orden de ideas, todo el esfuerzo del legislador al tipificar una conducta y señalarle una pena pueden quedar privadas de sentido en virtud de una norma "no penal", por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de este derecho penal en los casos concretos.

Agrega, que si la disposición legal que establece el *principio de oportunidad* se califica como procesal, todo el Código Penal quedaría sujeto a la aplicación de una norma procesal, a una única norma capaz de vaciar de contenido a todas las normas penales materiales.

En relación con el argumento de la mejor utilización de los recursos, dicho autor expresa que hay que admitir que el Estado no cumple con todas sus funciones de una manera plena. Para tal caso, se puede pensar en los servicios de salud o de educación. Por ello, pretender exigir al aparato judicial que cumpla con todas sus atribuciones, no sólo es

39 Conde, Pumpido, Ferreiro; La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal, Revista del Poder Judicial, Edición especial II, España, 1998, Pág. 8 y ss.

40 Hassemer Winfried. Ob. cit., Pág. 8 y ss.

41 Montero Aroca, Juan; El Derecho Procesal en el Siglo XX, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Págs. 124-137.

42 Al respecto, Luis Chang Pizarro –Ob. Cit., Pág. 62, se ha pronunciado en el sentido contrario, pues para él el legislador otorga en última instancia la facultad discrecional al juez por vía indirecta, para que dicte la política criminal persecutoria del Ministerio Público, pues el disfrazado control y aprobación jurisdiccional sobre este tipo de requerimientos no vinculantes del Ministerio Público no es más que un eufemismo, pues el Órgano Judicial será el que en definitiva decidirá sobre la aplicación del criterio de oportunidad.

una utopía sino también implica desconocer el obstáculo que representa la escasez de recursos humanos y materiales con que se cuenta.

Por su parte, Luigi Ferrajoli,⁴³ al referirse al *principio de oportunidad*, considera que este puede traer más costos que beneficios, pues se trata de pactos en condiciones de desigualdad que pueden favorecer testimonios calumniosos y por conveniencia que provoca una disparidad de tratamiento e inseguridad jurídica. Ante tal situación, surge la interrogante de quién logrará que un acusado ante la perspectiva de una reclusión perpetua se abstenga de realizar falsas acusaciones a cambio de acuerdos con el fiscal para eximirse de pena.

Un proceso de este tipo, afirma, desquicia al sistema de garantías, pues se rompe con el nexo causal entre delitos y penas, que ya no dependen de la gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación. Además, se violentan los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, pues no existe un criterio legal definido que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público.

Considera que este principio niega sustancialmente la presunción de inocencia y la carga de la prueba al otorgarle primacía a una confesión interesada y el papel de corrupción de un sospechoso que se encarga a la Fiscalía y no a la defensa. Todo lo anterior es contrario al *principio contradictorio* que exige que el conflicto sea entre las partes en igualdad de condiciones y no una relación de fuerzas entre investigador e investigado.

Por otro lado, se comprometen los *principios de legalidad y obligatoriedad* de la acción penal, al investir al fiscal de un enorme poder de determinar tanto el método como el contenido del juicio, lo que contradice su naturaleza de parte en situación de igualdad con el imputado que es el rasgo más característico del modelo acusatorio.

Hassemer,⁴⁴ enfila su crítica en términos de la *prevención general*, pues considera que los *criterios de oportunidad* tienden a debilitar las normas penales y transmiten la impresión de irregularidad o engaño, pues la selección es afectada por el oportunismo.

Por otra parte, una interesante postura del tema, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, es planteada por Marina Gascón, quien al oponerse al citado principio expresa que estos criterios son inspirados en la lógica mercantil *do ut des* (*doy para que me des*), congruentes con una tendencia actual a privatizar el derecho penal; sin tomar en cuenta que el proceso se constituye con el reconocimiento del valor probatorio del material recogido por el acusador. Lo anterior perturba el interés epistemológico del proceso al sustituir el concepto de verdad como "adecuación o correspondencia" al de verdad como "consenso", ya que este tipo de principios tiende a convertir la confesión en la prueba reina y va contra la regla epistemológica que dice "para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, ya sea directa, deductiva o indirecta."⁴⁵

Criterios a los que se afilia la autora

Previo a adoptar una postura sobre la conveniencia de la adopción del *principio de oportunidad*, es necesario partir de la premisa que el derecho penal se ha configurado a través de la historia como una síntesis de dos fuerzas antagónicas en su formulación: por un lado, se encuentra la postura de los que pregonan porque exista una mayor eficacia de la persecución penal; y por otro lado, el esfuerzo de los que anteponen a la eficacia del proceso la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Los defensores del primer modelo poseen una idea del derecho con una tendencia autoritaria, mientras que los segundos tienen una noción democrática del mismo, pero al

43 Ferrajoli, Luigi; Derecho y razón; Editorial Trotta, España, 1997, Págs. 567-570 y 820-834.

44 Hassemer, Winfried; Ob. cit, Pág. 12.

45 Gascón Abellán, Marina; Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999, Págs. 127-128.

final es cada legislador el que, como opción de política criminal estatal, decide cuál es la tendencia que adopta o si, como tercera vía, busca un equilibrio entre ambas posturas al momento de dictar las leyes, que es la que consideramos adecuada

De hecho, uno de los criterios dogmáticos que se utilizan por los que propugnan por un derecho penal eficaz es el método jurídico de la ponderación de intereses, el cual dispone que quien quiera resolver o decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos, adaptándose a cada situación concreta. Este método resulta útil para simplificar complejas situaciones decisorias, como lo son el valorar y escoger entre el interés público en la investigación o el interés privado de la víctima o del imputado, enmarcándose la aplicación del *principio de oportunidad* y en específico la justicia premial entre este tipo de método interpretativo para la creación del derecho,⁴⁶ por lo que en un primer nivel podríamos afirmar que la incorporación del mismo puede responder a esta tendencia eficientista del derecho penal.

Nos afiliamos al criterio de incluir en la normativa penal el *principio de oportunidad* de una forma reglada, donde los supuestos concretos de aplicación del mismo se encuentran predeterminados en la ley de forma genérica y con ello, crear los límites que debe tener los aplicadores de justicia al optar por esta salida alterna al proceso, regulando los casos concretos a fin de que la discreción que se le confiera a la Fiscalía no sea ejercida de una manera antojadiza o arbitraria.

Con base a lo anterior, nos adherimos a las posturas a favor de su implementación que fueron mencionadas anteriormente, especialmente a las de Conde Pumpido y Hassemer, pero con la aclaración que no sólo es necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente reglados, sino también se torna indispensable que existan ciertos mecanismos de control internos y externos para que el Ministerio Público ejerza esa facultad dentro de los límites que le franquea la ley y la Constitución, pues podría ser su aplicabilidad la que si llegue a violentar derechos y garantías constitucionales.

Estos controles a los que se ha hecho referencia pueden ser de dos tipos. En primer lugar se encuentran los controles internos, que están constituidos por todas aquellas disposiciones que sean adoptadas al interior del Ministerio Público para unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos como pueden ser los que ejerce la víctima o el querellante en su caso y el juez, el cual con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva.

Sobre este punto, resulta importante señalar que el derecho no se limita únicamente a su formulación, ya que se convierte tarde o temprano en derecho aplicado, y por ende, la ponderación de intereses no la efectúa únicamente el legislador sino también los operadores judiciales. En ese orden de ideas, Binder,⁴⁷ afirma que la política criminal posee en realidad dos facetas: la primera constituida por la formulación de la misma por parte del Estado, que se concretiza en la forma en que el legislador organiza el ordenamiento legal; y la segunda, es la configuración práctica que se perfila en la cotidianeidad del proceso social, agregando que cuando exista una dinámica de correspondencia entre la formulación y la configuración del proceso penal entonces se considerará que el derecho secundario es coherente con la Constitución.

Al analizar la aplicación práctica del *principio de oportunidad*, se descubre la necesidad de encontrar por parte de los operadores judiciales (incluidos jueces y fiscales) los elementos interpretativos que permitan delimitar los criterios de aplicación del mismo ya adoptados por el legislador, de manera que puedan ser coherentes con todo el sistema penal, incluidos los principios y derechos constitucionales, pues se debe recordar que las

46 Hassemer, Winfried; El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz; Editorial Bosch, España, 1990, Pág. 3.

47 Binder, Alberto M.; El Proceso Penal, ILANUD, Furcap, San José, Costa Rica, 1991, Pág. 10.

normas penales no son aisladas, sino que se encuentran insertadas en un ordenamiento jurídico caracterizado por los principios de plenitud, jerarquía y coherencia.

De esa forma, se puede vislumbrar la necesidad de que, como cualquier otra política social, la política criminal de la Fiscalía se enmarque en una formulación coherente, única y con capacidad de adaptación que permita una aplicación uniforme de las leyes. La obtención de la finalidad antes expuesta puede facilitarse con la ayuda de dos principios que rigen al Ministerio Fiscal entre los cuales se encuentran el de *unidad de actuación y dependencia jerárquica*.⁴⁸

El *principio de unidad de actuación* establece que las políticas de persecución penal sean uniformes y persigan objetivos comunes conforme a los lineamientos o pautas que fija el Fiscal General. El *principio de dependencia jerárquica*, implica la estructuración del Ministerio Público de una forma piramidal, que pone en la cabeza de la organización al Fiscal General -como máxima jerarquía orgánica- y la subordinación de los miembros inferiores sólo es consecuencia necesaria para lograr la unidad de actuación.

En ese sentido, puede pensarse en las graves repercusiones que traería el hecho de que las decisiones dependan únicamente del criterio personal de cada fiscal, pues se correría el riesgo de violar la igualdad de los hombres ante la ley, siendo una manera de formalizar esta selectividad la creación de criterios uniformes dictados por la cúpula del Ministerio Fiscal, que no pueden ser exhaustivos, pero que en líneas generales deben revelar la política criminal estatal que seguirán en la mayoría de los casos los auxiliares del fiscal, destacándose en este punto los supuestos en los cuales se va a prescindir de la persecución penal -*principio de oportunidad*- al constituirse en una potestad discrecional del Ministerio Público.⁴⁹

En ese orden de ideas, es importante señalar que el derecho sólo va a reconocer la discreción del fiscal cuando ésta se oriente por criterios de política criminal legítimos, es decir coherentes con todo el ordenamiento jurídico.

Finalmente, podemos afirmar que la aprobación o no de un *criterio de oportunidad* deberá pasar en todo caso por este "test" de proporcionalidad que será negativo, únicamente cuando la medida que se adopte sea innecesaria, inútil o desequilibrada, pues sólo una desproporción o irrazonabilidad extrema adquiere relevancia constitucional, siendo los operadores de justicia los encargados de realizar estas valoraciones en cada caso concreto.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar criterios, en algunos instrumentos legales. Así, en el *Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal (Reglas de Mallorca)* específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: "Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento..."; lo cual también se recomendó en el punto 17 del *VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente* celebrada en la Habana, Cuba, en el año de 1990. Este sistema de instrucciones encuentra como límite único la ley y debe ser tenido en cuenta para la eficaz aplicación del principio en estudio.

- Criterios de Oportunidad Procesalmente Legitimados.

Frente a la limitación de recursos (materiales y humanos), el principio de oportunidad se fundamenta en la necesidad de establecer un diseño político criminal coherente y racional

48 Rusconi, Maximiliano A.; Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., 1997, Págs. 153 a 170.

49 Bruzone, Gustavo; Las llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., Buenos Aires, 1997, Págs. 221-226.

cuyas bases se asienten en la proporcionalidad de la pretensión punitiva, surgiendo como imperativo la necesidad de establecer pautas asentadas en criterios de economía procesal que instituyan prioridades. De esta manera, ante la imposibilidad de investigar todos los hechos que se cometen, se debe empezar por los hechos más graves y relegar la investigación de aquellos insignificantes en tanto se presenten como carentes de interés para el desenvolvimiento del Estado.

Insignificancia

La insignificancia del hecho combinada con la falta de interés estatal en la persecución penal y la mínima culpabilidad son las hipótesis más utilizadas de los diversos criterios de oportunidad en el derecho comparado. Ahora bien, ¿cómo definimos insignificancia?, ¿cuál es su alcance? La temática es infinitamente más rica, pero la discusión excede este espacio en el que nos limitaremos a mencionar un concepto sencillo. Abarcan situaciones insignificantes las acciones con escaso contenido antisocial, es decir aquellas infracciones de carácter mínimo como las de bagatela, por el ínfimo desvalor de la acción objeto de reproche. En este punto, la flexibilización del “resorte estatal” como reacción inevitable frente al delito, no sólo favorece el descongestionamiento y la mayor eficacia en la administración de la justicia penal: también pretende evitar en delitos de escasa entidad el efecto desocializante que suele ir unido al cumplimiento de una pena.

No se ignora ni se pretende soslayar la estrecha relación que existe entre el concepto de insignificancia como causal de “atipicidad” tanto como criterio de oportunidad, y la consabida discusión que ello genera entre “procesalistas” y “penalistas”. Por lo que aquí interesa, más allá de compartir o acercarnos a una u otra posición, entendemos que la insignificancia opera como criterio de oportunidad cuando conforme al principio de proporcionalidad no se llega al grado necesario para afirmar la atipicidad de la conducta.

Hay quienes sostienen que el principio de oportunidad se justifica en puras razones de capacidad operativas del aparato de persecución criminal, afirmando que la decisión por su aplicación va a depender puramente en lo que resulte “económicamente conveniente para el órgano a cargo de la persecución penal. Los hechos que implican un gran costo social deben preferirse frente a la persecución de los delitos menos importantes. De esta manera, la discusión ya no pasa por la entidad o significación del hecho como delito, sino en el menor interés que suscita. Esto es, con la oportunidad procesal sólo se pretende el mejor uso de los recursos estatales. En cambio, la insignificancia sustancial toma en cuenta la (mínima) dañosidad social como requisito para que la conducta sea considerada típica, sin depender de un análisis utilitario de los recursos del estado.

De este modo, a los fines de precisar y delimitar el alcance de la insignificancia como oportunidad, se estima que existe una diferencia entre ambos institutos (penal y procesal) porque esta última versa sobre conductas con reproche (pues superan el umbral necesario para ser consideradas delito), que, valoradas comparativamente, resultan irrelevantes frente a otros casos que provocan mayor costo social.

Por ello es evidente que para precisar el contenido del principio de oportunidad por insignificancia es necesario recurrir a los principios del derecho sustantivo, de modo tal que el derecho penal y el derecho procesal tiene en la insignificancia su punto de contacto.

Este razonamiento permite sostener que la insignificancia procesal es un peldaño más que la insignificancia material, que debe tomar los conceptos del primero, pero que se refiere a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por la cabeza del Ministerio Público en base a consideraciones de política criminal y procesal.

Insignificancia Sustancial: la conducta no alcanza la mínima dañosidad social que requiere el tipo penal.

Insignificancia Procesal: por razones utilitarias, los hechos carentes de interés para el estado son relegados para priorizar los de gran costo social. Su alcance es indeterminado. Algunas pautas receptadas son:

-Monto máximo o mínimo de la sanción prevista en abstracto.

- Ausencia de condena anterior.
- Reparación a la víctima.
- Calidad del sujeto activo (que no sea funcionario público obrando en abuso del cargo)

Arrepentido Colaborador

Supuesto de oportunidad como estrategia de investigación que permita aumentar la eficiencia en la investigación de casos complejos. Es el imputado delator o informante, que presta colaboración voluntaria y eficaz a la autoridad competente, útil para la persecución penal de los responsables de delitos cometidos por organizaciones delictivas y violentas, a cambio de obtener un beneficio sobre la pena que le corresponde.

Existen otros supuestos de oportunidad que no se hallan fundados en principios de economía procesal, sino especialmente en la formulación de estrategias de investigación que permitan aumentar los niveles de eficiencia en la investigación de casos complejos. Se trata del arrepentido, delator, informante, institución que apunta a obtener la colaboración voluntaria y eficaz prestada a la autoridad competente por imputados, que sea útil para la persecución penal de los responsables de delitos cometidos por organizaciones delictivas y violentas, a cambio de obtener un beneficio o premio en orden a la pena respecto del delito de que se trate. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

Mediación. Conciliación y Reparación a la víctima

Reparación a la víctima:

Se prevé en forma autónoma o bien como requisito del procedimiento de Mediación.

Mediación Judicial

En delitos de acción pública perseguibles de oficio o dependientes de instancia privada conminados con un máximo de pena de prisión preestablecido normativamente.

Cuando exista un acuerdo anterior entre las mismas partes y por un conflicto de la misma índole. Generalmente se excluye los casos de: delitos contra la vida, integridad sexual, lesiones gravísimas entre parientes convivientes, víctima menor de edad, acuerdo anterior incumplido, delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso del cargo, acuerdo anterior entre las mismas partes y por un conflicto de la misma índole, razones de seguridad o interés público, más de 2 acuerdos, salvo si se tratan de delitos culposos.

Mediación: Instrumento para posibilitar el acuerdo entre víctima e imputado y la solución del conflicto, de aceptación voluntaria. Puede ser:

Prejudicial: Procedencia: de acuerdo al monto máximo de pena, los casos son derivados por la autoridad policial que previene, luego de consultar con el Fiscal que intervendría en el hecho.

Judicial: Procedencia: En causas de competencia correccional. En toda clase de delitos en que pueda arribarse a la mejor solución entre partes, en causas de contenido patrimonial.

Pena Natural

El sujeto activo del delito sufre daños o sufrimientos corporales o morales de importancia como consecuencia del mismo hecho.

Ejemplo 1: conductor de un vehículo que por imprudencia choca y ocasiona la muerte de su hijo que iba como acompañante.

Ejemplo 2: ladrón que resulta herido en un tiroteo con la policía y queda cuadripléjico.

Requisitos de procedencia: delitos culposos únicamente. Reparación a la víctima. Privilegia la retribución natural, por sobre la retribución material.

Selección de los hechos innecesarios.

Implica suspender la persecución de algunos hechos, para dedicar todo el esfuerzo a la del hecho punible más grave o al mejor probado cuando se tramitan varios procesos de forma simultánea. Puede requerirse además la reparación a la víctima.

Exigua contribución en el hecho.

Generalmente está incluido junto con la escasa culpabilidad, la falta de interés en la persecución y la insignificancia del hecho, por eso suelen tratarse en forma conjunta.

Expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal

Se ha otorgado relevancia a la voluntad de la víctima dentro del proceso, situación que la jerarquiza al punto tal que se acepta que no sólo sea escuchada sino respetada en su decisión.

Admite excepciones:

Cuando está comprometido el interés de un menor de edad, cuando la oferta es razonable y el fiscal no señala objeciones fundadas en el interés público, pero la víctima no la acepta de forma injustificada, el juez puede hacerlo.

Enfermedad incurable en estado terminal. Avanzada edad.

Impide llevar adelante el juicio penal contra quien padece una enfermedad incurable en estado terminal, puesto que el proceso ya no podrá alcanzar su finalidad de realizar la legítima pretensión estatal de esclarecer los hechos imputados al acusado y de que, si hubiera mérito para ello, se le condene y castigue.

Se debaten en este aspecto consideraciones de humanidad o retribución, requisitos de procedencia: Imputado mayor de 70 años de edad, imputado con enfermedad incurable en estado terminal según dictamen pericial, que el interés público no se halle comprometido.

A grandes rasgos estos son los criterios de oportunidad que hoy valida la doctrina y la jurisprudencia internacional y que deben ser tenidos en cuenta al momento de diseñar el modelo cubano

El principio de Oportunidad en el proceso penal cubano

El principio de Legalidad en Cuba no aparece establecido categóricamente en un precepto, sino disperso en el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, en el artículo 59 de nuestra Constitución⁵⁰ se hace referencia a que nadie puede ser encausado ni condenado sino por Tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstos establecen, algo similar se regula en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Penal.⁵¹

Tanto en la Ley procesal como en el Código penal se reconocen acciones dependientes de la instancia privada, como son los delitos de calumnia e injuria,⁵² estableciéndose en el artículo 420 de la primera, que ambos son perseguibles en virtud de querrela de la parte ofendida y de modo similar existen tipos penales en los que para promover la acción penal pública se precisan de requisitos de procedibilidad, como puede ser la denuncia de la persona agraviada o su representante y que se enmarcan en los delitos como la violación, abusos lascivos, pederastia con violencia, incesto, bigamia y matrimonio ilegal, así como en el estupro, lo que no debe confundirse con el principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal, que corresponde a los órganos públicos en representación del Estado, en nuestro caso al Fiscal.

50 Constitución de la República, aprobada el 24 de febrero de 1976 y modificada en 1992 por la Ley de Reforma Constitucional de fecha 12 de julio de 1992 publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.6 de fecha 13 de julio de 1992.

51 Ley No. 5 vigente desde el 18 de agosto de 1977, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 151 de 10 de junio de 1994.

52 Artículo 319-320 del Código Penal, Ley No. 62 de 1988.

En Cuba aparecen por vez primera criterios de Oportunidad en 1977 con la entrada en vigor de la Ley No. 6 de Procedimiento Penal Militar, que en sus artículos números 242.2 y 243 estableció un sobreseimiento provisional condicionado que da la posibilidad al Fiscal de suspender el ejercicio de la acción penal aun cuando aparezcan en el proceso elementos suficientes para formular la acusación ante el tribunal, y a partir del cumplimiento de ciertos requisitos que esta propia ley establece. Novedosa institución jurídica de la Ley Procesal Militar, en función de dar soluciones y en las que deben estar presentes varios factores⁵³ sin los cuales no podría llegarse a sobreseer el expediente iniciado.

Las potencialidades de nuestro modelo social socialista, en el que las decisiones de los órganos del Estado siempre están en función de los intereses del pueblo, propician un medio idóneo para la aplicación de una Política Criminal basada en un Derecho penal informado por la moderna tendencia minimalista, de este modo, la Comisión Legislativa que tenía a su cargo la elaboración del proyecto de modificación al Código penal de 1979, incluyó que sus presupuestos básicos partían de tres principios fundamentales: "El principio de mínima intervención", "El principio de prohibición de exceso" y "El principio de intervención legalizada",⁵⁴ tenidos en cuenta en las posteriores modificaciones.

La Ley No. 88 de 1999, De Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, es la primera Ley Especial que en su disposición final primera hace referencia directa al principio de Oportunidad cuando expresa: "La Fiscalía General de la República respecto a los delitos previstos y sancionados en la presente ley, ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio de Oportunidad, conforme a los intereses de la nación,⁵⁵ toda vez que se reserva el ejercicio de la acción penal, es decir, el poder o facultad de promoverla, cuando se estima que el orden legal ha sido quebrantado, y el Fiscal en representación del Estado y conforme a los intereses de la nación lo decide."⁵⁶

El procedimiento abreviado⁵⁷ que incorporó a nuestra Ley de procedimiento penal el Decreto-Ley No. 151, de 10 de junio de 1994, se ha tratado de ubicarlo como un criterio de Oportunidad, a lo que se contraponen que, aunque para admitirlo tiene como uno de los supuestos la confesión del reo y se inclina hacia el principio de Oportunidad, no permite ningún tipo de negociación entre el Fiscal y el imputado que afecte el ejercicio de la acción penal pública, como ocurre en otros sistemas, y aunque la fórmula conlleva abreviar el

53 que el delito por su naturaleza y las características personales del acusado pueda ser considerado de escasa peligrosidad social, el delito no puede haber ocasionado graves consecuencias, que el acusado por su conducta posterior demuestre haberse arrepentido de sus actos y cuando una organización política, colectivo militar, un organismo de la administración central del Estado solicita o asuma el compromiso de reeducar al acusado.

54QUIRÓS PÍREZ, Renén: "Despenalización", Revista No. 10 del MINJUS La Habana, enero - marzo de 1986, p.7 y ss.

55 Ley No. 88 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999.

56El artículo 127 de la Constitución de la República preceptúa que: "La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado".

La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado.

Es criterio de TOLEDO SANTANDER, José Luis que en este segundo párrafo se dice expresamente que va a ser la Ley quien le va a fijar a la Fiscalía entre otros aspectos, la "oportunidad" en que las ejerce, luego, en una recta interpretación de la norma, se deja claro que van a existir ocasiones en que la Fiscalía, de acuerdo a lo establecido en la Ley, ejercerá sus funciones y eso es Oportunidad de actuar, criterios expresados en los comentarios realizados a la Ley No 88 de 1999. Colectivo de autores: Comentarios a las leyes penales, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2005.

57 Establecido en los artículos del 481 al 489 de la Ley de Procedimiento Penal.

proceso y economizar la justicia penal, la acción persecutoria se ejercita siempre con arreglo al principio de Legalidad y por tanto no se puede catalogar como Oportunidad.

En el apartado 2 del artículo 8 del Código Penal se introdujo por la Ley No. 21, de 1979, que no se considera delito la acción u omisión que aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carecen de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor; pero no constituye un criterio de Oportunidad, pues su incorporación obedece a fundamentos sobre la teoría del delito y no a tomar decisiones con las conductas que si son enjuiciadas como delitos.⁵⁸

La Ley No. 62, Código Penal, entró en vigor el día 30 de abril de 1988, cuerpo legal que introdujo un sistema de enfrentamiento más eficaz contra las infracciones de la legalidad y ha contribuido a la formación de una cultura de respeto a la Ley, lo que permitió extraer de la esfera penal conductas que, por su naturaleza, no constituían propiamente delito y que, por su carácter, a los efectos de su tratamiento, debían pasar a otras ramas del Derecho, muchas de las cuales fueron reglamentadas a través del Decreto No. 141, de marzo de 1988.

En el artículo 342.2 del referido Código penal se estableció un tratamiento distinto a los delitos de, hurto, robo con fuerza en las cosas, receptación y daños, cuando la cuantía de lo sustraído o dañado fuere de limitado valor, pudiendo en estos casos no remitirlos al tribunal competente, sino que la autoridad actuante tiene la facultad de imponer al sujeto comisor una multa administrativa regulando en ese propio precepto los requisitos de cuánto podía ser su monto, según las características personales del presunto infractor, y los perjuicios causados a la víctima.

Mediante el Decreto Ley 175, de 1997, se adicionó el apartado 3 del artículo 8 del Código Penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Siendo este una expresión del principio de Oportunidad en nuestra legislación, pero que se aplica por la policía⁵⁹ y la fiscalía sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal.⁶⁰

El Decreto-Ley No.310 de fecha 29 de mayo de 2013 que entro en vigor el primero de octubre de este año amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido artículo 8-3 del vigente código penal al establecer su aplicación en aquellos delitos en el que el límite máximo no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o

58 Posición contraria mantiene MENDOZA DÍAZ, Juan al considerar que "...La modificación realizada al artículo 8 del Código Penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No.175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste un poco peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como oportunidad reglada..." Lecciones de Derecho Procesal Penal, Universidad de La Habana, Cuba. Universidad Juan Misael Saracho", Tarija, Bolivia, 2001, p.27. CANDIA FERREIRA, José también sostiene el criterio de que en nuestro país se han ido abriendo espacios al principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal y pone como lo establecido en el artículo 8 incisos 2 y 3 de Código penal, véase a respecto artículo: "Problemas actuales del proceso penal en Cuba, " Revista cubana de Derecho de la Unión Nacional de Juristas de Cuba No.13, enero-junio de 1999, p11 y ss.

59 Respecto a esta facultad asegura ROXIN que sólo es posible a la fiscalía, la policía no tiene facultad para sobrepasar discrecionalmente, de modo que para ella el principio de Legalidad rige ilimitadamente. ROXIN, Claus, op cit, p.91.

60 El Viceministro Jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria, en su Orden 19 de 16 de julio de 1997 y el Fiscal General de la República, mediante la Instrucción No. 1 de 1997, establecieron los requisitos y procedimientos tanto para hacer uso de este precepto como para su control.

ambas, así como que para su utilización en los delitos sancionables de uno a tres años se requiere la aprobación del fiscal.

Pero lo realizado hasta la fecha no satisface nuestras necesidades de cambio, debíamos cuestionarnos si la ubicación de las atribuciones que confiere el artículo relacionado con anterioridad debía ser el Código Penal o la Ley de Procedimiento Penal, por qué no se tiene en cuenta la opinión de la víctima del delito, porqué se mantiene la facultad de su aplicación a la policía en los delitos sancionables hasta un año, si no es un sujeto procesal, qué efectos tiene la decisión adoptada, porqué enmarcar esta posibilidad sólo en los límites de la sanción y no en otros criterios de oportunidad, porqué la sanción pecuniaria tiene que ser la única, por qué no se establecen excepciones, debe quedar el proceso sólo en manos del fiscal, estas y otras interrogantes hoy no encuentran respuestas en el proceso penal cubano, que necesita estar redimensionarse como instrumento efectivo de la política criminal del Estado.

El referido marco teórico y doctrinal, el comportamiento del tema en el escenario internacional y el recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestran que en el país ha existido voluntad política para ir adecuar nuestro sistema de judicial penal a los requerimientos y necesidades que cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegia

6. Conclusiones:

La Oportunidad se erige como principio procesal dado que: establece reglas generales, claras y precisas para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo, ella obedece a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación, el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento para conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican, se establece en la mayoría de los textos constitucionales, leyes de procedimiento penal y constituye fundamento jurídico para la toma de decisiones por el sujeto procesal autorizado en Ley.

EL principio de Oportunidad tiene sus orígenes en Alemania a través de la "Ley Emminger", de 4 de Enero de 1924 –artículo 153– en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

La Oportunidad como principio procesal tiene las siguientes características siguientes:

- a. Es excepcional
- b. Es discrecional
- c. Referido en general al órgano persecutor oficial
- d. Es taxativamente reglado, cuando no se aplica la modalidad libre

Los fundamentos del *principio de oportunidad*, son una mezcla de razones pragmáticas, teóricas y de política criminal.

Se puede afirmar que *oportunidad* y *legalidad* no son principios que se excluyan o sean incompatibles entre sí. Pues si es la propia ley penal la que fija los supuestos en que será utilizada la *oportunidad* no se contradice per se al *principio de legalidad* propiamente dicho, ya que es el resultado de una decisión de política criminal estatal adoptada por el legislador.

Los modelos de aplicación del *principio de oportunidad* que se conocen se dividen en dos grandes grupos: libre y reglada, el primero característico del sistema anglosajón y el segundo continental europeo.

Las ventajas que ofrece la Oportunidad reglada son las razones de política criminal que la fundamentan.

- No obliga la persecución indiscriminada de todos los delitos contribuyendo de manera importante al descongestionamiento del sistema judicial.
- Permite que se concentren los esfuerzos de las autoridades en una eficaz persecución de los delitos más graves para la sociedad y especialmente la llamada criminalidad “de cuello blanco” y la no convencional.
- Permite la reinserción social del delincuente de poca peligrosidad.
- Racionaliza los efectos negativos de las penas privativas de libertad.
- Economía procesal.

Existen fundamentos teóricos y doctrinales que justifican tanto la aceptación como la oposición al principio de Oportunidad, no obstante éste ha sido incorporado en varias legislaciones procesales como: Perú, Colombia, Ecuador, Argentina, Costa Rica, Venezuela, Alemania, Estados Unidos, Francia e Italia, y con reconocimiento en varios instrumentos jurídicos internacionales.

El Código Modelo para Iberoamérica, recomienda expresamente la inclusión del Principio de Oportunidad en los procesos penales de los países de la región.

En el orden internacional, resultan significativos los postulados aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, mediante la Recomendación No.18, sobre la simplificación de la Justicia penal y las recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros, en relación con la Oportunidad en el ejercicio de la acción penal (*"opportunité des poursuites"*).

En Cuba la Constitución de la República reconoce implícitamente el Principio de Oportunidad en su artículo 127, su primer antecedente legislativo se establece en la Ley No.6 de 1977 de Procedimiento Militar.

La Ley No. 88 de 1999, De Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, es la primera Ley Especial que en su disposición final primera hace referencia directa al principio de Oportunidad.

-Mediante el Decreto Ley 175, de 1997, se adicionó el apartado 3 del artículo 8 del Código Penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Siendo este una expresión del principio de Oportunidad en nuestra legislación, pero se aplica por la policía y la fiscalía sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal.

El reciente Decreto-Ley No.310 de fecha 29 de mayo de 2013 que entro en vigor el primero de octubre de este año amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido artículo 8-3 del vigente código penal al establecer su aplicación en aquellos delitos en el que el límite máximo no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, así como que para su utilización en los delitos sancionables de uno a tres años se requiere la aprobación del fiscal.

El referido marco teórico y doctrinal, el comportamiento del tema en el escenario internacional y el recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestran que en el país ha existido voluntad política para ir adecuar nuestro sistema de judicial penal a los requerimientos y necesidades que cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados.

Reflexionar sobre la mejor forma en que debe ejercerse la acción penal es una exigencia para el proceso penal cubano, en busca de alternativas que la hagan más efectiva, garantizando una intervención mínima del poder punitivo. Para lo cual se requiere de un profundo estudio de nuestra realidad y del Derecho comparado.

Hoy el panorama cubano se caracteriza por una Legalidad absoluta, con atisbos de criterios de Oportunidad, una creciente criminalidad no convencional, lo que junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, nos obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, lo que lo harán más pronto, eficiente y menos costoso y se adecua perfectamente al momento histórico que

vivimos ,en plena correspondencia con el llamado que se nos hace a todos los cubanos en los lineamientos económicos del VI congreso del PCC.

7. Recomendaciones:

Continuar el estudio del tema, para con una mayor integralidad y fundamentación, proponer las bases sobre las que debe incorporarse el principio de Oportunidad al proceso penal cubano.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, TERESA; Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad, Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Discriminación y Prevención, Poder Judicial, No. II, Madrid, España, 1987.
- BARRIENTOS PELLECCER, CÉSAR; mencionado en Rodríguez Campos, Alexander y Otros; El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Juritexto, San José, 2000.
- BECCARÍA, CESARE. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. ED. ALIANZA EDITORIAL. MADRID, 1998
- BRUZONE, GUSTAVO; Las llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado, Nº 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., Buenos Aires, 1997.
- BOVINO, ALBERTO: Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1998.
- CARBONEL MATEU, Juan Carlos: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales.* , 2da edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CAFERATA NORES, José: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, s.r.i., Buenos Aires, 1997.
- CANDIA FERREYRA, José: "Problemas actuales del Proceso Penal en Cuba". Ponencia presentada en la Reunión Anual de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales celebradas en la Habana en noviembre de 1998, *Revista Cubana de Derecho*, No. 13, enero/junio de 1999.
- CARDONA GALEANO, JUAN PABLO. MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO I. ED. LEYER. BOGOTÁ, 2003
- CARRASQUERO LOPÉZ, Francisco: Doctrina Constitucional.2005-2008, Despacho No. 5, Tribunal Supremo de Justicia Colección Doctrina Jurisprudencial No.34, Caracas, Venezuela, 2009.
- Casado Pérez, José María y Otros; Código Procesal Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, 1^{ra} Edición, El Salvador, 2001.
- COLECTIVO DE AUTORES: Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera parte. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- CLAUS, Roxin: Derecho procesal Penal, Traducción de la 25ª edición alemana de Grabiela E, Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier ,Ediciones del Puerto s.r.l. ,Buenos Aires, 2000.
- CRUZ CASTRO, Fernando: "La investigación y persecución de la corrupción: Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos". Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena, Estado y Corrupción, No. 1, año 1995, Editores del Puerto s.r.i. , Buenos Aires, Argentina.
- Cfr. Hassemer, Winfried; La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid. 1989.
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón: Política Criminal y sus relaciones con la Criminología Artículo publicado en la Revista Cubana de Derecho, No. 20 de 2002.
- DEL OLMO, Rosa: Criminología y Derecho Penal. Aspectos Gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina, Revista Divulgación Jurídica, No. 48 de 1988.

- ESCOBAR FORNOS, Iván: Introducción al Proceso, Editorial Hispomer, Colección de Textos Jurídicos, Managua, Nicaragua, 1998.
- FAIÉN GUILLÉN, Víctor: Teoría General del Derecho Procesal, México (SN), 1992.
- FENECH, Miguel: Derecho Procesal Penal (SL), Editorial Labor S.A., 1952.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio y Colectivo de autores: "Qué se espera del Derecho", Revista Tema, No. 8, Cultura-Ideología-Sociedad, Cuba, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colectivo de autores, Madrid, 1995.
- GARCÍA CORDERO, Fernando: Dualidad y Perfeccionamiento de las funciones del Ministerio Público. Editorial Porma, S.A., A.V., República Argentina, México, 1983.
- GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio: Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas, 2da Edición Corregida y aumentada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GARCÍA DEL RIO, Rosa: El principio de oportunidad. Ediciones Legales, Lima, 2000.
- Gascón Abellán, Marina; Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999, Págs. 127-128.
- Gatgens Gómez, Erick y Otros; El Principio de Oportunidad-Conveniencia Procesal de la Persecución Penal, Editorial Juritexto, San José, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente.: Fundamentos de Derecho Procesal Penal, Ediciones Civitas, Madrid, España, 1991.
- GONZÁLEZ ALCANTUL, David. Manual de Derecho Procesal Penal Militar. Tomo I. 1985, Levene, Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal", Tercera edición, Editorial plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
- Guariglia, Fabricio; Facultades discrecionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: El principio de oportunidad: El Ministerio Público en el Proceso Penal, Revista Doctrina Penal, N° 49-52, Buenos Aires, 1990
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁ .PROCEDIMIENTO ACUSATORIO Y TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL, Ed EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ, PÁGS. 109, BOGOTÁ 1998
- LOPÉZ MORALES, Jairo: Nuevo Código de Procedimiento Penal. Sistema Acusatorio. Exposición de Motivos, Comentado, Concordado, Doctrina constitucional y jurisprudencia, Tomo II, Ediciones Doctrinales y Ley LYDA, Bogotá, Colombia, 2005.
- López Barja de Quiroga, Jacobo; Instituciones de derecho procesal penal, Ediciones jurídicas Cuyo, Argentina, 2000.
- LLOBER RODRÍGUEZ, Javier: Proceso Penal Comentado, 4ta Edición, San José, Costa Rica, Editorial Dominanza y Jurídica Continental, 2000.
- MAIER, Julio: "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Proyectos para la reforma del sistema penal", Revista Jueces para la Democracia. Argentina, 16/19 febrero y marzo de 1992.
- _____. Derecho Procesal Penal Argentino, T-B, Editorial. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "Los Principios del Proceso Penal", Ponencia contenida en el CD – ROM Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por el Consejo del Poder Judicial Español, años 1992 – 1996.
- MOMTERO AROCA, Juan: Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal, Parte General, quinta edición, Editorial Reppetor. Barcelona, España, 1998.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Dirigido por M. Cobo del Rosal, Ediciones Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, España, 1996.
- MORENO CARRASCO, FERNANDO y Otros; Código Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal". Revista Penal, 2000.
- _____ y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, parte general. 5ª. Edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- Pillares Eduardo, Diccionario de Procesal Civil, México. Editorial Porrúa, Hnos, 1963.
- PRIETO MORALES, Aldo.: Derecho Procesal Penal, Primera y Segunda Parte, Editorial Orbe, La Habana, 1976.
- PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, Teresa: "Los Principios del Proceso Penal y la Presunción Constitucional de Inocencia". Los Principios del Proceso Penal. Obra contenida en el CD – ROM Cuadernos de derecho Judicial, Editado por el Consejo General del Poder Judicial Español, años 1992 – 1996, Biblioteca TSP.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén: Introducción a la Teoría del Derecho Penal, Editora de Ciencias Sociales, La Habana 1987.
- _____ "Despenalización", Revista No.10 del MINJUS, La Habana, enero – marzo de 1986.
- RODRÍGUEZ GAVIRA, Antonio: "Principios del Derecho Procesal Penal Cubano", Revista Jurídica, No. 12, julio/septiembre de 1986.
- ROXIN, Claus: Derecho Procesal Penal, 1era edición, 2da reimp, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2003.
- RUSCONI, MAXIMILIANO A.; Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público, Revista Pena y Estado, Nº 2, año 2, Editores del Puerto, S.l.r., 1997.
- SANCHO GALLARDOS, Ignacio: "Legalidad, Oportunidad y Transacción Penal en el Procedimiento Abreviado". Los Principios del Proceso Penal. Obra contenida en el CD – ROM Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por el Consejo de Poder Judicial, años 1992 – 1996, Biblioteca del TSP.
- TIJERINO PACHECO, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- VILLAMOR FERNANDO, Lucía: Una Aproximación al Derecho Penal del Enemigo, Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz-Bolivia, 2007.
- ZAFFARONI EUGENIO, Raúl: "La Creciente Legislación Penal y los discursos de emergencia", artículo publicado en la obra: Teorías actuales en el Derecho Penal, Primera edición, Buenos Aires, Argentina, 1998

LEGISLACIONES CONSULTADAS

- Constitución de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 1976 y modificada en 1992 por la Ley de Reforma Constitucional de fecha 12 de julio de 1992, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.6, de fecha 13 de julio de 1992.
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 con Exposición de Motivos. Tomado del Texto "Derecho Procesal Penal Argentino" de Julio B. J. Maier.
- Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996. Publicado en Alcance No. 31 al Diario Oficial *La Gaceta*, No. 106 de 4 de junio de 1996, que entró en vigencia el 1ro de enero de 1998.
- Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, Caracas, de 25 de julio de 2000 (*Gaceta Oficial*, No. 37.022, Extraordinaria, de 25 de Agosto del 2000). Ediciones DABOSAN.
- Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Ley No. 23.984. Modificada y complementada. Anotado, comentado y concordado. Tercera edición corregida, ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre de 1997.
- Código de Procedimientos Penales de Perú, http://www.unifr.ch/derecho_penal/legislacion/pc/cpp-peru.htm. Yahoo.21-11-2006. 16.00 horas.

Código Procesal Penal de Alemania del 15 de mayo de 1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998. [www.unifr.ch / derecho penal / lex. htm](http://www.unifr.ch/derecho%20penal/lex.htm). Yahoo. 21-11-2006. 16.30 horas.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, España, 1889.

Ley No. 21, Código Penal cubano, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. La Habana, 15 de Febrero de 1979.

Ley No. 62, Código Penal cubano, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 29 de diciembre de 1987.

Ley No.87, Modificativa del Código Penal en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de marzo de 1999.

Ley No. 88, "Ley de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba" en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de marzo de 1999.

Ley No. 22, Ley de los Delitos Militares, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de febrero de 1979.

Ley No. 1251, Ley de Procedimiento Penal, en *la Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 25 de junio de 1973.

Ley No. 5, de Procedimiento Penal, en *la Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 13 de agosto de 1977.

Ley No. 6, Ley Procesal Penal Militar, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 13 de agosto de 1977.

Ley No. 83, Ley de la Fiscalía General de la República con exposición de motivos en *la Gaceta Oficial de la República de Cuba*. La Habana, 11 de julio de 1997.

Ley No.82, Ley de los Tribunales Populares de 1997.

Leyes penales comentadas, 2005.

Ley No.27664, promulgada el 23 de febrero del año 2002, mediante la que se modificó y modernizó el artículo 2 del Código Procesal del Perú.

Ley No.600 de 24 de julio de 2000. Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Ley No.000.RO/Sup 360 de Ecuador de 2000.

Ley No.8.123 de 15 de diciembre de 1991. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

Ley No. 8503 de Costa Rica de 28 de julio de .2006.

Código Procesal Penal de la Nación de Venezuela, *Gaceta oficial*No.37.022 de fecha22/8/2000.

Decreto-Ley No. 128. Del Proceso Penal ante los Tribunales Municipales Populares, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 18 de junio de 1991.

Decreto-Ley No. 151. Modificativo de la Ley de Procedimiento Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 10 de junio de 1994.

Decreto-Ley No. 175. Modificativo de la Ley del Código Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 17de junio de 1997.

Decreto-Ley No. 150. Modificativo del Código Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 6 de junio de 1994.

Decreto-Ley No. 310. Modificativo del Código Penal, en *Gaceta Oficial* No.018 Extraordinaria de 25 de junio de 2013.

Decreto No. 141 "Sobre las contravenciones Personales" de 24 de marzo de 1988, Cuba.

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Acuerdo 239 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba de 8 de Octubre de 1999. Sobre la adecuación de la sanción según la modalidad básica del delito.

Documento sobre la Racionalidad en la Administración de Justicia y las decisiones judiciales del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, 2000.

Indicaciones de fecha 15 de julio de 2004 del Jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria.

Instrucción No. 1 de 1997 del Fiscal General de la República "Acerca de la Aplicación del Decreto Ley No. 175 de 1997 modificativo del Código Pena", (Aplicación del Artículo 8.3 y Sanciones Subsidiarias a la Privación de Libertad).

Orden No. 19 de 16 de julio de 1997 del Viceministro Jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria.

Orden 26 de 19 de agosto de 2004 del Viceministro Primero del Interior.

Normas que regulan el funcionamiento de las Estaciones de la Policía Nacional Revolucionaria, Artículo 132.

Reglamento de la Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 30 de noviembre de 1998.

SITIOS CONSULTADOS

Web www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf.

Web www.definicionabc.com/derecho/estado-de-derecho.php.

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf .

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf.