

DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES AL DISEÑO PROCESAL EN POS DEL PRINCIPIO PROCESAL DE OPORTUNIDAD PARA CUBA

From the fundamental guarantees to the procedural design in position of the procedural principle of opportunity for Cuba

Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez

Magistrada del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Habana, Cuba
Código ORCID: 0000-0002-0032-9717
rufina@tsp.gob.cu

Resumen

IncurSIONAR en el escenario constitucional tiene como objetivo primordial, demostrar la compatibilidad y armonía del principio de oportunidad en el proceso penal con el resto de los principios y garantías que en él se reconocen, sobre todo en la forma reglada; el rol que en su aplicación práctica desempeñan los distintos sujetos procesales, la diferenciación con los criterios de oportunidad, el procedimiento para su aplicación, efectos que produce, así como la posible impugnación de lo decidido. Todo ello desde el Derecho comparado en Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Panamá, República Dominicana, Venezuela, Nicaragua, Panamá), en Europa (Alemania, Francia e Italia) y Estados Unidos, con el fin último de justificar la necesidad de su incorporación en el proceso penal cubano, en la búsqueda de una justicia más efectiva y menos costosa.

Palabras clave: Principios constitucionales y procesales, oportunidad libre y reglada, principio y criterios de oportunidad.

Abstract

To enter the constitutional scene, its primary objective is to demonstrate the compatibility and harmony of the principle of opportunity in the criminal process with the rest of the principles and guarantees that are recognized in it, especially in the regulated form; the role that the different procedural subjects play in its practical application, the differentiation with the criteria of opportunity, the

procedure for its application, the effects it produces, as well as the possible challenge of the decision. All this from Comparative Law in Latin America (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Peru, Panama, Dominican Republic, Venezuela, Nicaragua, Panama), in Europe (Germany, France and Italy) and the United States, with the ultimate aim of justifying the need for their incorporation into the Cuban criminal process, in the search for a more effective and less costly justice.

Keywords: Constitutional and procedural principles, Free and regulated opportunity, principle and criteria of opportunity.

Sumario

1. Ponderación constitucional del principio de oportunidad. 2. Modelos de aplicación del principio de oportunidad. 2.1. Sistema de oportunidad libre. 2.2. Sistemas de oportunidad reglada. 3. Distinción entre principio de oportunidad y criterio de oportunidad. 3.1. Criterios de oportunidad legitimados en las legislaciones estudiadas. 3.2. Prohibición para la aplicación del criterio de oportunidad atendiendo a la conducta delictiva. 3.3. Trámite procedimental para la solicitud de criterio de oportunidad. 3.4. Efectos jurídicos de la aplicación de los criterios de oportunidad. 3.4.1. La extinción de la acción penal pública. 3.4.2. Suspensión del ejercicio de la acción penal. 3.4.3. Conversión de la acción penal. 3.5. Medios de impugnación contra la resolución que aplica criterio de oportunidad. 4. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Resulta común en la práctica judicial reconocer que el Derecho penal se inicia en la Constitución¹ de cada país, como Ley fundamental;² en ese sentido, el estudio del principio de oportunidad no puede más que aseverar tal afirmación, pues la actividad judicial y jurídico-discrecional que reclama la aplicación de este principio, con carácter excepcional al de legalidad, está condicionada por valores constitucionales, en especial por la dogmática de los derechos fundamentales y la posibilidad de ponerle límites, lo que se explica desde la Constitución con ayuda del principio de proporcionalidad.³

¹ Vid. LLOBERT RODRÍGUEZ, Javier, *La prisión preventiva, límites constitucionales*, p. 30 y ss.

² Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*, p. 21; JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 2.

³ La incidencia de los actos procesales, fundamentalmente a lo largo de la fase instructiva, sobre los derechos fundamentales, significa que no es suficiente que el acto de investigación

En la búsqueda por resolver el conflicto social⁴ creado por el hecho punible, el aplicador del Derecho no tiene que operar solo con el modelo lógico-formal, haciendo el ejercicio de subsunción entre el supuesto de hecho y la norma, también tiene que incorporar en su actividad la lógica de lo razonable, cuando esta sea necesaria para la toma de la decisión frente al caso concreto.⁵ En esa actividad está la esencia de la diferencia entre la justicia⁶ y el Derecho, en el componente axiológico que tiene la función judicial.

La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal se justifica, entre otras causas, por las desventajas que una aplicación estricta de la legalidad tiene en el contexto actual, y los ataques fundamentales que se le realizan tienen por objetivo contraponerlo a este y a otros principios y garantías constitucionales.⁷

haya emanado de la autoridad competente, sino también necesario, en primer lugar, que esté previsto en Ley y, segundo, que objetivamente se justifique. Todo ello con basamento jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Handyside*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976; *The Sunday Times*, Sentencia de 26 abril 1979; *Sporrong y Lönnroth*, Sentencia de 24 septiembre 1982; *Bartoldr*, Sentencia de 25 marzo 1985) y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (Sentencias 62-198 y 13-1985; 37-1989, 50-1995...). Pueden extraerse del principio de proporcionalidad las siguientes notas esenciales: a) toda resolución que tenga límite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada; b) las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido, por el acto de investigación, el cual habrá de estar constitucionalmente protegido, c) ha de existir una adecuación o congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante, y d) la finalidad perseguida por el acto instructivo y lesivo del derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental o no debe poderse comprobar *ex post* que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio menos restrictivo. *Vid.*, GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MONTERO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, pp. 45 y 46.

⁴ *Vid.* MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *El proceso penal y su exigencia intrínseca*, p. 4.

⁵ *Vid.* BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, t. 1, p. 23.

⁶ *Vid.* VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, "La axiología de los derechos humanos en Cuba", en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (comps.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, pp. 291-299. El sentido de justicia es uno de los valores institucionales recogidos en el Código de ética del Sistema de Tribunales de la República de Cuba. *Vid.* *Código de Ética Judicial*, TSP, 2015, p. 4.

⁷ MAIER, Julio, *Derecho procesal argentino*, p. 32. Refiere el autor que las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sean conculgados por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso. FERRAJOLI, Luigi, *Justicia penal y democracia en el contexto extraprocesal. Capítulo de Criminología* No. 16, p. 86, dice que hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.

En primer lugar, se apunta a la objeción entre el principio de oportunidad y el principio de igualdad ante la ley,⁸ al cuestionarse cómo se puede garantizar dicha igualdad si, al mismo tiempo, se parte de la posibilidad de un tratamiento discriminatorio en el proceso penal. A ello se le adicionan los cuestionamientos en relación con el principio de la división de poderes. Por lo menos, en los países donde la fiscalía hace parte de la rama ejecutiva⁹ del poder público, se repara en el desplazamiento de la competencia exclusiva para administrar justicia de la rama judicial a la ejecutiva, y coexisten, entonces, para la decisión, dos organismos independientes, uno de los cuales, en estricto sentido, no está facultado para administrar justicia.¹⁰

Se denuncia, además, que el principio de legalidad consagrado en las constituciones y en las normas penales, como mandato de determinación, no se acata cuando, a través de una decisión discrecional, se desconocen las exigencias estrictas que el legislador ha establecido en la norma, las fronteras legales de la punibilidad. El mandato de elaborar solamente normas determinadas y de su estricta aplicación se desobedece con el reconocimiento del principio de oportunidad, que también tiene rango constitucional.¹¹

⁸ Vid. BERNAL CUELLAR Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El Proceso Penal*, p. 182. Afirma el autor que la flexibilización del principio de legalidad por razones de política criminal no excluye la discusión de nociones que han sido clásicas en el constitucionalismo moderno, como son la igualdad ante la aplicación de la ley.

⁹ Así, por poner algunos ejemplos relevantes, en España es un órgano que coopera con la administración de justicia; en Chile es un órgano autónomo (art. 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público); en Colombia hace parte de la rama judicial, con autonomía administrativa y presupuestaria (art. 249 de la Constitución Política); en Argentina, en el orden federal, es un órgano "extra poder", independiente, autónomo (art. 120 de la Constitución Nacional) y a nivel de provincias puede ser autónomo e independiente o pertenecer a la rama; en México se integra al ejecutivo federal (art. 102, inciso a), de la Constitución Política).

¹⁰ En Cuba no existe tripartición de poderes, el poder es uno solo y dentro de él se distinguen funciones que se asignan a los diferentes órganos, en este caso la judicial al Sistema de Tribunales, según el art. 147 de la Constitución y el art. 156 sobre las funciones de la fiscalía.

¹¹ Vid. art. 120 de la Constitución Argentina de 22 de agosto de 1994 en *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, de Carlos M. VILLABELLA ARMENGOL, Félix Varela, La Habana, 2004; art. 225 de la Constitución de Bolivia; art. 250 de la Constitución Nacional Colombiana; CPP de Costa Rica de 1ro. de enero de 1998. Define como su base el principio de legalidad y establece requisitos que taxativamente expresa la ley en su art. 22, para la oportunidad. Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996, que entró en vigor el 1 de enero de 1998; art. 83 y ss. de la Constitución de la República de Chile; art. 195 de la Constitución de Montecristi. La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia del año 2008 no restringió la aplicación del principio de oportunidad únicamente a los supuestos de delitos federales, sino que dejó abierta la posibilidad para que sea, cada una de las leyes locales de rito procesal penal, la que regule los criterios para la aplicación del principio de oportunidad según sus necesidades. En su art.20-A, párrafo séptimo, confiere ahora rango constitucional a la facultad del Ministerio

De igual forma, se esgrime que el principio rector del Derecho penal, la presunción de inocencia,¹² podría considerarse lesionado cuando se archive el procedimiento por aplicación del principio de oportunidad, se reconozca alguna participación del inculpaado y no haya manifestación acerca de su culpabilidad.

Ante tales cuestionamientos, se impone establecer los aspectos que legitiman constitucionalmente tanto el principio base (la legalidad), como su complemento (la oportunidad), para lo que se parte del reconocimiento de que la legalidad pura es una exigencia irreal que no puede llevarse íntegramente a la práctica. ¿Qué pasa, entonces, con su arraigo constitucional? ¿Existen límites constitucionales al deber de persecución penal?

El deber de persecución penal y su intensidad encuentran numerosos límites constitucionales que también fundamentan la posibilidad de su renuncia en determinadas situaciones; no se puede reclamar en tal sentido la validez absoluta del principio de legalidad, por el contrario, este puede ser objeto de excepciones desde el tenor constitucional.

Tratándose, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, se puede argumentar a favor de una limitación del deber de persecución penal. Una norma de Derecho penal que atente contra el principio de proporcionalidad no puede ser parte integrante del ordenamiento constitucional. La necesidad de que el objetivo que se persigue con el actuar estatal esté en relación razonable con las consecuencias que se derivan de él, frente a bienes jurídicos constitucionales, puede ser el argumento para una limitación tal. En el proceso penal, este mandato cobra importancia teniendo en cuenta que, a nivel procesal, se busca la realización de los fines estatales consagrados constitucionalmente y en las normas del Derecho penal material.

El aseguramiento de las condiciones necesarias para la supervivencia en comunidad, fin supremo de la potestad punitiva del Estado, que se logra a través

Público para prescindir, en ciertos supuestos que no revistan gran relevancia penal, de esa función de persecución penal. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de enero 2016, es donde más auge ha tenido el movimiento de reforma, de forma prolija e intensa; no obstante, los caminos transitados son esencialmente dos: a) la constitucionalización e internacionalización del derecho del inculpaado a un proceso sin dilaciones indebidas; y b) la adopción de métodos y medidas de simplificación de la justicia penal.

¹² Constituye la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de no autor, en tanto no se expida una resolución judicial firme. Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, p. 56.

de la restauración de la paz jurídica menoscabada con el hecho, ya no será necesario cuando el acometimiento, precisamente, no afecte en absoluto el estado de paz en Derecho y cuando este tampoco sea asumido por la sociedad como algo atentatorio de dicho Estado.¹³

En este incidente, la estricta persecución penal resulta desproporcional, algo que ya se maneja en la doctrina del Derecho penal, por ejemplo, tratándose de los delitos de bagatela,¹⁴ asimismo, en aquellos casos en los que no existe un interés general de sanción o cuando ante el hecho cometido no se pueda hacer reproche de culpabilidad. Entonces, un estricto entendimiento del deber de persecución penal sería, en estos casos, un atentado contra el principio de proporcionalidad;¹⁵ en el desarrollo del deber de respeto por los derechos puede resultar desproporcionado el adelantamiento de la acción penal. Incluso, puede resultar lesivo a intereses constitucionales básicos y por lo mismo inconveniente.

El principio de proporcionalidad y otras de sus expresiones, como la prohibición de exceso,¹⁶ también conforman el andamiaje del ordenamiento procesal

¹³ A respecto téngase en cuenta las características descritas por GARCÍA-PABLO DE MOLINA, para definir el delito desde el punto de vista criminológico, no solo como un comportamiento individual, sino, sobre todo, como problema social y comunitario, solo si concurren en él las circunstancias siguientes: que tenga una incidencia masiva en la población; que dicha incidencia sea dolorosa, aflictiva; persistencia espaciotemporal; falta de un equívoco consenso respecto a su etiología y eficaces técnicas de investigación en el mismo y conciencia social generalizada respecto a su negatividad. Vid. GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 32 y ss.

¹⁴ Vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, pp. 23-24; GOMES, Luis Flávio y otros, *Infracciones de bagatela y principio de insignificancia en Derecho Penal y Criminología como fundamentos de la política criminal*, p. 753 y ss. Se define el delito de bagatela como aquel que hace referencia a un hecho insignificante, nimio. Dicho de otro modo, se trata de una conducta o un ataque al bien jurídico tan irrelevante que no requiere (o no necesita) intervención penal; los clasifica como propia e impropia, la primera es la que nace sin relevancia penal, ya sea porque no hay desvalor en la acción (no existe peligrosidad en la conducta, es decir, idoneidad ofensiva de relieve), ya sea porque no hay desvalor del resultado (no se trata de un ataque grave o importante al bien jurídico), y la impropia es la que nace con relevancia para el Derecho penal, pero se comprueba después que para ese caso resulta totalmente irrelevante. También definen estos delitos BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir y otros, *La Reforma a la Justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, p. 147.

¹⁵ Vid. PRIETO VALDÉS Martha, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976", en Andry Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, pp. 170-180.

¹⁶ CARBONEL MATEU lo identifica como uno de los principios constitucionales que actúa como limitaciones al poder legislativo del Estado, que supone la necesidad de que las normas penales

actual. Partiendo de estas premisas, la integración de la proporcionalidad¹⁷ puede, incluso bajo determinadas condiciones, llevar a una dosificación del principio de legalidad,¹⁸ sin que por ello tengan reparos desde una perspectiva constitucional.¹⁹ El Estado no debe ni puede reaccionar de forma esquemática a toda lesión de la norma, sino utilizar los medios adecuados para lograr el fin perseguido. La prohibición de exceso reclama una ponderación y, con ello, se halla en contra de un deber de persecución estricto, ajeno de valoraciones.

También, a pesar del deber del Estado de garantizar a todos los ciudadanos una correcta administración de justicia,²⁰ y que además implica necesariamente que todos los hechos punibles conocidos sean investigados, esto es, el mismo deber de persecución, existen barreras fácticas infranqueables, lo que ha llevado a que se considere la efectividad de la administración²¹ de justicia, igualmente, como criterio vinculante de la actividad estatal y, entonces, como máxima pertenencia a la idea de Estado de Derecho.²²

entrañen la mínima restricción posible de las libertades de los ciudadanos. *Vid.* CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, conceptos y principios constitucionales*, pp. 93 y 94; MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 70 y ss.

¹⁷ GONZÁLEZ-CUELLER SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 253.

¹⁸ *Vid.* CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando, *Teoría del Estado*, p. 394; ZHIDKOV, O.; V. CHIZKIN y Y. YUDIN, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, p. 205; MANOV, G., *Teoría marxista leninista del Estado y el Derecho*, p. 496; ORDÓÑEZ MARTÍNEZ, Francisco, *La legalidad socialista, firme baluarte de los intereses del pueblo*, p. 52; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Mijaíl NICOLAEVICH MÁRCHENKO y otros: *Manual de teoría del Estado y el Derecho*, pp. 477 y 478; ARIAS GAYOSO, Grethel, "La significación jurídica del principio de legalidad para la administración pública", en Andry Matilla Correa (coord.), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudio en homenaje al profesor Dr.C. Julio Fernández Bulté*, pp. 176 y 177. Los referidos autores conceptualizan el principio de legalidad desde una posición teórico-práctica, que posibilita su adecuada interpretación y conexión con el resto de los principios constitucionales.

¹⁹ CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, conceptos... cit.*, advierte que precisamente los principios constitucionales son los que enmarcan esa función coactiva, que entraña la potestad punitiva del Estado, vista como Derecho penal en sentido subjetivo.

²⁰ *Vid.* MONTERO AROCA, Juan; Juan Manuel ORTELLS RAMOS, Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Alberto MONTÓN REDONDO, *Derecho jurisdiccional. Parte General*, p. 32 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit., Constitución y Proceso...*, p. 76 y ss.

²¹ *Vid.* CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 56; PEÑA FREYRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, p. 12.

²² El art. 1 de la Constitución cubana reconoce que Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social... (*vid.* Constitución cubana de 2019, p. 1).

El Estado está llamado a la creación y mantenimiento de un aparato judicial eficaz, no está obligado a perseguir penalmente, cuando para ello no cuente con los medios necesarios, esto es, cuando en el logro de dichos objetivos la justicia se asfixie en su tarea. Por tanto, la existencia de una administración de justicia que de verdad funcione, solo será posible cuando el Estado actúe de forma diferenciada en el ejercicio de su poder selectivo de forma legalizada. Por todo lo antes expuesto, el principio de legalidad ideal encuentra límites constitucionales que devienen de la propia capacidad o incapacidad del Estado.

Los problemas constitucionales deben enfrentarse preferentemente con la ayuda de las normas constitucionales concretas y no a partir de ideas y principios abstractos generales. El Estado persigue hoy día otros objetivos, que van más allá de la reivindicación tradicional de la seguridad jurídica. Por lo anterior, intentamos enfrentar algunos de los reparos contra la introducción del principio de oportunidad.

Partiendo del deber del Estado de impartir justicia y del deber de persecución penal, se plantea la cuestión de si está llamado al mantenimiento de la legalidad a costa de todo o si, por el contrario, se puede hacer por medio de la oportunidad. De este deber estatal no se deduce el carácter irrenunciable del principio de legalidad, pues el mandato de protección jurídica no se lesiona cuando la apertura de un proceso judicial se hace depender de la decisión discrecional de un organismo judicial; además, cuando la discrecionalidad está vinculada a criterios jurídicos y la decisión puede ser revisada judicialmente.

Legalidad y oportunidad son principios con el mismo rango constitucional; si bien el legislador ha aportado un sistema, no es menos cierto que ha dotado a la administración de justicia de algunos mecanismos para la toma de decisiones discrecionales, sin olvidar, por supuesto, que ya el deber de los órganos de administración de justicia de tomar decisiones, frente al caso objeto de análisis, trae consigo un elemento de discrecionalidad. La consagración de la oportunidad como principio de excepción deja claro que no se trata de una posibilidad ilimitada, sino, por el contrario, este principio solo operará en los casos previstos por el legislador, pues se trata de una oportunidad reglada.²³

²³ Vid. ARIAS GAYOSO, Grethel, *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*, pp. 17 y 18. Para ampliar, vid. GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo, "La Administración pública y la Ley", *Revista española de Derecho Administrativo*, No. 108, 2002, pp. 570 y 571; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte General*, p. 87; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general*, t. 1, p. 80; ÁLVAREZ-TABÍO, Ana María y Andry MATILLA CORREA

En segundo lugar, bajo la óptica de la garantía de la seguridad jurídica y la paz jurídica, tampoco se puede hablar de un desplazamiento del principio de legalidad. Aun cuando se reclame la necesidad de la búsqueda de la verdad a través del proceso penal, no se debe perder de vista que esta garantía se puede cumplir, también, cuando se renuncie a la ejecución absoluta del poder punitivo estatal.²⁴ La seguridad jurídica como función del proceso se alcanzará cuando el Derecho penal responda a las situaciones político-criminales importantes para la sociedad en un momento determinado y se deje, así, por fuera, aquellas que, por no revestir un significado notable, solo conducen a la merma de la capacidad de rendimiento de la administración de justicia y a su deslegitimación.

Es innegable que un estricto entendimiento del deber de persecución garantiza en gran medida la justicia abstracta; esto no es, sin embargo, una condición imprescindible para su logro, pues al tratarse de la aplicación de las normas de oportunidad es, sobre todo, una individualización en búsqueda del Derecho y la realización de la justicia en cada caso.

Desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, tampoco puede verse la oportunidad como una amenaza, pues este mandato constitucional solo se lesionará cuando se trate de forma desigual a iguales y no exista para esto un motivo racional que justifique un tratamiento diferenciado, es decir, cuando el tratamiento sea arbitrario.

La igualdad ante la ley no debe entenderse, desde el proceso penal, como necesidad de perseguir sin excepción todos los hechos punibles, sino como la prohibición de tomar la decisión sobre la persecución de manera arbitraria y la prohibición de un tratamiento igualitario cuando existan diferencias fundadas.

Puede afirmarse que tanto el principio de legalidad como el de oportunidad participan, cada uno desde una especial perspectiva, en el desarrollo del principio de igualdad ante la ley, no consistente solo en ausencia de distinciones respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí, las que exigen una misma respuesta de la ley y de

(coords.), *El Derecho administrativo en Cuba a comienzos del siglo XXI. Libro homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, p. 18.

Vid. VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, t. 1 – *El proceso penal*, p. 362.

²⁴ Vid. PRIETO VALDÉS, Martha, "¿Qué municipio necesitamos? Algunos principios para su configuración", en *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización*.

la autoridad, de aquellas que son diversas, pues, respecto a estas últimas, la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego, sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes.

En relación con el posible desplazamiento de las funciones del fiscal hacia la función jurisdiccional o hacia la legislativa, ello puede ser extensivo a todos los ámbitos jurídicos y no exclusivamente para el Derecho penal, aceptado y practicado hoy día.²⁵ El ejercicio de la potestad punitiva del Estado, aun cuando se utilicen criterios de oportunidad, es el cumplimiento de las pautas que el legislador ha instaurado y a través de las cuales se ha regulado la intervención estatal en la vida de los ciudadanos. Con una decisión de oportunidad no se pone en duda la impermeabilidad de la esfera jurídica del ciudadano, por el contrario, con ella se puede desarrollar en estricto sentido el marco de protección consagrado en la norma general y en la dignidad humana.²⁶

En cuanto al desconocimiento de las exigencias establecidas por el legislador, esto es, de la vulneración del mandato de determinación de la ley a través de la aplicación del principio de oportunidad, se puede afirmar que una decisión por oportunidad no atenta contra el mandato de determinación de las leyes, las conductas que el legislador ha sancionado en las normas penales y las exigencias de su punibilidad nunca se modifican o fundamentan nuevamente en el momento de su aplicación. Desde la perspectiva del principio de oportunidad, el aplicador del Derecho resuelve solamente acerca de la persecución, o no, del hecho delictivo y no acerca de su existencia y subsunción en un tipo penal determinado; él sigue, por esto, sujeto a la determinación de la ley, hecha por el legislador.

La decisión por oportunidad no pone en cuestión, de forma global, el mandato de determinación; por el contrario, lo armoniza con las demás normas penales. Las fronteras de la aplicación del principio de oportunidad también están determinadas en las normas de Derecho procesal y esto en la medida de rigurosidad propia del ámbito procesal. Si no se

²⁵ Vid. DEL OLMO, Rosa, "Hacia dónde va la Criminología en América Latina", en *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*, p. 183; LÓPEZ REY ARROJO, Manuel, *Criminología y planificación de la Política Criminal*, t. 2, p. 6.

²⁶ Vid. art. 13, inciso f), de la Constitución cubana, que la reconoce como uno de los fines del Estado y en el art. 40 la establece como el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes.

quiere que las normas jurídico-penales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y, en este sentido, formar un sistema.

El escepticismo en la recepción del principio de oportunidad se apoya, también, en las posibles influencias políticas sobre las decisiones del Ministerio Público, pero, aun cuando se defienda y aplique el principio de legalidad estricta, no podría desecharse, de plano, la posibilidad de influencias políticas. Por eso, querer mantener la independencia de la potestad punitiva del Estado utilizando el estricto deber es, según nuestra opinión, algo bastante ilusorio; es bastante idealista creer que a través de una simple regulación positiva del principio de legalidad, el fiscal será conminado a abandonar eventualmente motivos subjetivos e influencias.

Con su incorporación en los textos constitucionales, junto con la de otros mecanismos, se han cambiado los modelos de persecución penal de los delitos que habían regido con anterioridad, introduciéndose la posibilidad de que el Ministerio Público coadyuve a promover, en el sistema penal, racionalidad, eficiencia y equidad. Es una respuesta a la constatación práctica de la imposibilidad de investigar y perseguir todos los ilícitos, y un reconocimiento de la existencia de procesos informales de selección de casos realizados arbitrariamente.

Es una vía abierta para el desarrollo de políticas de persecución penal dirigidas a la realización de ciertos fines, entre ellos: la aplicación justa e igualitaria del Derecho; el descongestionamiento del sistema judicial; la canalización de recursos económicos, materiales y humanos solo a ciertos delitos; la concentración en los asuntos más trascendentes y que más daño causan a la sociedad, distinguiendo entre criminalidad mayor y menor; la resolución, de forma rápida, justa y equitativa, de los conflictos derivados de la comisión de delitos; el impulso hacia un proceso de descriminalización, ya que si bien el principio no trata de deslegalizar, sí provoca que ciertos delitos, bajo determinados supuestos, no sean perseguidos,²⁷ y la reinserción de las personas que han delinquido a la sociedad. En suma, como escribe GUARIGLIA,²⁸ "la tarea de formalización de estos mecanismos supone un doble cometido: canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular deformante".

²⁷ Por ello dice MAIER que lo que se pretende con el principio de oportunidad es liberar a los habitantes del poder del Estado evitando su persecución. MAIER, Julio, *Derecho procesal argentino, cit.*, p. 831.

²⁸ GUARIGLIA, Fabricio, *Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, p. 88.

Lo anterior ayuda a fundamentar que aunque el principio de legalidad sigue siendo el pilar fundamental del Estado de Derecho, con ello no se niega la posibilidad de la coexistencia, en una relación de complemento, con otros principios que también tienen como objetivo el desarrollo del Estado constitucional, como lo es el principio de oportunidad. En el análisis se demostró que la aplicación del principio de oportunidad al caso concreto, dentro de la discrecionalidad permitida por la Constitución y la norma penal, respeta y no contradice el principio de legalidad, mediante una adecuada ponderación de ambos como principios constitucionales, en particular en uno de los dos modelos que sobre este principio se reconoce en el Derecho comparado y que pasamos a describir.

2. MODELOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Entendido el principio de oportunidad como la facultad discrecional que tiene el Ministerio Público de ejercitar, o no, la acción penal, según como sea esa discrecionalidad, total o bajo determinados supuestos, en el diseño procesal asumido por la mayoría de los países estudiados se distinguen dos clasificaciones.²⁹ Son estas:³⁰ el sistema de oportunidad libre y el de oportunidad reglada.³¹

2.1. SISTEMA DE OPORTUNIDAD LIBRE

El sistema judicial de Estados Unidos de América representa el uso más paradigmático del principio de oportunidad, denominado en inglés *prosecutorial discretion*. En él se desconoce el principio de legalidad, su sistema de justicia descansa, *strictu sensu*, en la discrecionalidad de la acción; como típico sistema acusatorio, las partes disponen del objeto del proceso. El Ministerio Público tiene verdaderos poderes discrecionales en el ejercicio de la acción penal.

²⁹ Para GÓMEZ PÉREZ, Ángela, existe también una tercera clasificación denominada oportunidad facultativa, que nace del propio ordenamiento jurídico que especifica las condiciones de su aplicación, las cuales son de carácter general. Así lo expone la autora en su artículo "Orígenes y definiciones del principio de oportunidad", *Revista Jurídica, da Universidades de Santiago*, año I, No. 1, 2013, p. 35.

³⁰ Otras clasificaciones no atañen tanto a la prevalencia de un principio sobre otro, ni a las consecuentes atribuciones del acusador, sino más bien a la existencia o no de condiciones para enervar la acción penal; así, GIMENO SENDRA distingue entre principio de oportunidad pura y bajo condiciones. *Vid.* GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal, cit.*, p. 59.

³¹ *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Ensayos de Derecho penal y política criminal*, p. 276.

Las facultades discrecionales del Ministerio Público no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación, sino que abarca otros aspectos, como la potestad del fiscal de plantear una reducción de cargos, o para inferir inmunidad, en compensación por haber colaborado en la investigación.

Esta modalidad de oportunidad se manifiesta en dos procedimientos: el *plea guilty* (confesión dirigida a evitar el juicio) y el *plea bargaining* (negociación entre el fiscal y el acusado). El primero consiste en la aceptación de culpabilidad por parte del acusado, a requerimiento del juez, y en la audiencia preliminar, una vez que han sido formulados los cargos. Se prescinde así del contradictorio. Su confesión constituye la determinación judicial de culpabilidad y es el fundamento inmediato para fijar la pena.³² Aproximadamente el 90 % de los asuntos criminales en Estados Unidos se resuelven mediante esta modalidad.³³

El *plea bargaining*³⁴ consiste en la negociación entre fiscal y acusado, mediante la cual el primero se compromete a realizar una serie de concesiones, específicamente sobre el curso de la acción penal, a cambio de obtener la admisión de los hechos por parte del acusado. Este se confiesa culpable por uno o más delitos, y el acusador se compromete a retirar otros cargos, o a solicitar una pena más benigna, o cualquier otro beneficio. Con ello se evita la realización del juicio oral para la evacuación de las pruebas; aquí, no interviene el juez.

En Inglaterra, el sistema es conocido como *probation*. Permite al tribunal inglés prescindir de la persecución penal, sometiendo al probable infractor, con su anuencia, a un periodo de prueba, bajo vigilancia de un asistente social y sujeto a ciertas reglas.³⁵

Por otra parte, la amplia discrecionalidad de los fiscales norteamericanos y su inequitativa posición de fuerza en el *plea bargaining* ha sido objeto de una amplia crítica por los estudiosos del Derecho norteamericano, básicamente por considerar que tales institutos son inconsistentes con los principios de im-

³² Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988, La Reforma del proceso penal*, p. 34; BARONA VILLAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, p. 54.

³³ Vid. BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth, *El principio de oportunidad*.

³⁴ GOLDSTEIN, Abraham, "La discrecionalidad de la persecución penal en Estados Unidos", *Lecciones y Ensayos*, No. 49, 1988, p. 14.

³⁵ Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal argentino*, cit., p. 191.

parcialidad, equidad y responsabilidad, sobre los cuales descansa el sistema de justicia norteamericano.

2.2. SISTEMAS DE OPORTUNIDAD REGLADA

Es propio de los países europeos: Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España y otros. El nacimiento y empleo de la expresión *reglada* tuvo por finalidad contrarrestar las críticas al principio de oportunidad, las cuales se concentraron, fundamentalmente, en exhibirlo como contrapuesto al de legalidad. En efecto, mediante el uso de ese adjetivo, se procuró indicar la necesaria relación con el cumplimiento indispensable de la ley, es decir, con la necesaria concurrencia de las condiciones y presupuestos que permiten la aplicación del principio de oportunidad, dejándose entrever así la inexistencia de excepciones a la legalidad.

El empleo del adjetivo *reglada* ha sido criticado, al argumentarse que la expresión "principio de oportunidad reglado" es contradictoria, en tanto que el término "reglado", de origen y formulación administrativista, ha servido para indicar elementos reglados de una potestad, sin que se entienda por ello que la discrecionalidad pueda reglarse, pues existen aspectos que se dejan a la libre discreción de la Administración.³⁶

Pero es que el empleo del adjetivo en cuestión procura únicamente llamar la atención sobre los supuestos de hecho tasados en la ley, en los que procede el ejercicio de la discrecionalidad. En consecuencia, no puede afirmarse una actuación contraria a la legalidad, cuando se actúa conforme con lo permitido y dispuesto por esta.³⁷

La característica de este sistema radica en que la ley prevé los supuestos sobre los cuales el fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por

³⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela...*, cit., p. 211.

³⁷ Vid. ARIAS GAYOSO, Grethel, *El control de la discrecionalidad...*, cit., pp. 17 y 18. Plantea la autora que la discrecionalidad de la administración pública no supone un campo de actuación al margen del Derecho y la legalidad, sino precisamente dentro de ellos, ya que es la ley y las demás normas en general las que atribuyen potestades exorbitantes a la administración y las que definen las condiciones de su ejercicio. La discrecionalidad opera precisamente dentro del principio de legalidad, hasta el punto de que, en buena teoría, solo puede existir actuación discrecional cuando la ley lo permite. Para ampliar, GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo, "La Administración pública y la Ley", pp. 570 y 571; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 87; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, 1, cit., p. 80; ÁLVAREZ-TABÍO, Ana María y Andry MATILLA CORREA (coords.), *El Derecho Administrativo en Cuba...*, cit., p. 18.

el archivamiento del caso. Un ejemplo de ello son las normas sobre arrepentimiento en los casos de terrorismo, por cuestiones de seguridad del Estado e, incluso, de manera general, se observan, también en las disposiciones de ejecución penal, en un afán de viabilizar la rehabilitación del delincuente.

Este sistema, que aparece como un método de arreglo, como uno de tantos instrumentos jurídicos modernos para obtener la celeridad procesal, es el que se halla más difundido, y en el que los supuestos de aplicación son también más diversos.

En los países de Latinoamérica el modelo establecido en sus códigos procesales es el reglado, aunque se diferencian en cuanto a los criterios de oportunidad que han señalado, y su instrumentación, como se estudiará en el desarrollo del próximo epígrafe.

3. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y CRITERIO DE OPORTUNIDAD

En el vocabulario de los profesionales del Derecho, en textos jurídicos y en la jurisprudencia, son empleados estos conceptos de forma indistinta, por lo que a continuación se desarrolla su debida separación conceptual y señalaremos el carácter en que deberán ser entendidos en el desarrollo de la presente investigación.

La denominación *principio de oportunidad*³⁸ debe reservarse a la actuación libre del Ministerio Público, como posibilidad de desistir, en el ejercicio de la acción penal, mientras que cuando la ley enumera los supuestos bajo los cuales dicho Ministerio puede abandonar la persecución penal, lo que establece son criterios de oportunidad.

En referencia al criterio de oportunidad, se hace alusión a las remisiones expresas del principio de oportunidad a la legislación procesal penal, es decir, la idea fundamental (principio) ha coadyuvado para que, en la norma procesal, se haya generado una norma concreta (criterio de oportunidad). Este último debe tal conceptualización a que, particularmente, el término *criterio* da la idea de juicio, razonamiento, por la que pretende identificar el caso de ser dicha figura un mecanismo por el que se faculta de modo reglamentario al Ministerio

³⁸ Vid. VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Derecho procesal penal*, 1, cit., p. 362.

Público a seleccionar los hechos que han de llegar a conocimiento del sistema judicial y los que no lo serán.³⁹

En los casos donde se habla de principio de oportunidad, debe entenderse que se está refiriendo a aspectos doctrinarios y si se alude a criterio de oportunidad, el nivel de análisis y de estudio se encuentra en la legislación, así como su aplicación práctica de los supuestos reglados, como veremos a continuación.

3.1. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD LEGITIMADOS EN LAS LEGISLACIONES ESTUDIADAS

Los códigos procesales que acogen el principio de oportunidad regulan los casos en los cuales procederá la solicitud de un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público. Esto se encuentra previsto de manera reglada o tasada ya que la ley regula en qué casos concretos se aplicarán, no quedando a la libre discrecionalidad del fiscal,⁴⁰ o sea, al arbitrio de la parte acusadora.

Los criterios de oportunidad más repetidos en las legislaciones estudiadas fueron:⁴¹

1. Cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia,⁴² por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.

La inclusión de este supuesto en el Código lleva implícito una relación político-criminal, ya que las finalidades que se persiguen mediante su aplicación

³⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁰ *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, p. 90 y ss. Hace una clasificación de seis criterios de oportunidad como los más comunes en el Derecho comparado. *Vid.* también CHANG PIZARRO, Luis Antonio, *Criterios de oportunidad en el Código procesal penal*, p. 71.

⁴¹ En el Derecho comparado no existe una unanimidad en cuanto a los criterios de oportunidad, el país que más los ha reconocido es Colombia, con 17. Hago referencia a los más aceptados, con los que coincido son los más necesarios a tener en cuenta.

⁴² *Vid.* CPPMI, art. 230; CPP de Bolivia, art. 21.1; CPP de Colombia, art. 324.12; CPP de Chile, art. 170; CPP de Costa Rica, art. 22 a); CPP de El Salvador, art. 18.2; CPP de Guatemala, art. 25.4; CPP de Honduras, art. 28.1; CPP de Perú, R. No. 1470-2005-MP-FN, art. 2.b y c; CPP de República Dominicana, art. 34.1; CPP de Venezuela, art. 38.1. En Bolivia, Guatemala, Honduras y Perú se requiere que se haya reparado el daño. *Vid.* Sentencia No. 095-07 de fecha 14 de febrero de 2007, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, juez ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabre: define que entienden por insignificancia, tanto del hecho como del sujeto, disponible en corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43531753, consultada el 23-1-2017. En igual sentido, la Sentencia No. 219-98 de fecha 6 de marzo de 1998, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, consultada en vlex.co.cr/vid/-497727966, el mismo día.

son las siguientes: a) controlar la criminalidad de bagatela; b) acelerar la administración de justicia; c) evitar el efecto desocializante del cumplimiento de la pena impuesta por la comisión de delitos considerados de insignificancia; y d) el descongestionamiento de los tribunales. Con estas finalidades, se busca la racionalización del uso de los recursos humanos y materiales en la persecución efectiva de la delincuencia lesiva a la sociedad.

En sentido general, pueden calificar como insignificantes⁴³ aquellas lesiones que no representan la necesidad de aplicar una pena para tutelar un bien jurídico determinado. La insignificancia tiene relación con la criminalidad de bagatela, puesto que esta se identifica con la magnitud de las consecuencias penales, que comprendería a los ilícitos penales de escasa reprochabilidad y menor entidad, entendiéndose con estos términos aquellas infracciones penales cuya desaprobación al imputado es de poco valor y cuyo daño al bien jurídico tutelado se considera de ínfima relevancia.

Los hechos antes mencionados no carecen de las características de ilícito penal. Para valorar los ilícitos considerados como bagatela esta se hace atendiendo a “la falta de significación”, tales como: el valor económico del daño ocasionado; la ausencia de grave disvalor del hecho y de la acción; y la no reincidencia del autor, entre otros, definido en la legislación sustantiva de cada país.

Para hacer una valoración de solicitar un criterio de oportunidad sobre la base de la insignificancia del hecho, es necesario realizar un análisis de las reglas de la parte general del Código penal, como son los ya referidos principios de lesividad,⁴⁴ necesidad,⁴⁵ y proporcionalidad.⁴⁶

El criterio de oportunidad por insignificancia del hecho procede:

⁴³ PERALTA AGUILAR, Saray y Sergio QUESADA CARRANZA, *Principio de oportunidad, aplicación en Costa Rica (insignificancia del hecho-testigo de la corona)*, p. 138.

⁴⁴ Vid. ROXIN, Claus, “Tiene futuro el Derecho penal”, *Revista del Poder Judicial*, No. 49, 1998, p. 57 y ss.

⁴⁵ MORENO CARRASCO, Fernando y otros, *Código penal comentado*, pp. 14-18.

⁴⁶ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 89-97. El autor hace referencia a que la proporcionalidad como principio constitucional es la excepción al principio de legalidad y ello permite que en el caso particular se pueda renunciar al ejercicio de la acción penal y dar paso a la oportunidad.

- a) En aquellos delitos en que el máximo de la pena no exceda de la cuantía que se fije en la ley.⁴⁷
- b) Se puede otorgar tanto al autor como al partícipe.
- c) Puede concederse tanto en un delito doloso como en uno culposo.

Los casos de culpabilidad mínima son aquellos en que se considera que la persecución penal puede carecer de fundamento y donde no existe interés público en esta, o cuando se presentan circunstancias que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas a los móviles y finalidades del autor, a sus características personales, a su comportamiento, luego de la comisión del delito, atendiendo a consideraciones de prevención especial indicativas de líneas específicas que se deben seguir.

Por lo antes expuesto, el criterio de oportunidad por la mínima culpabilidad procede, tanto para el autor como para el partícipe, para los delitos dolosos; y en algunas legislaciones, sin tomar en cuenta la pena que se va a imponer por el cometimiento de un delito.

En cuanto al interés público, este surge cuando el daño causado por el delito trasciende o sobrepasa la esfera de intereses del particular ofendido, es decir, cuando el hecho punible, aparte de lesionar un interés privado, perturba la paz jurídica, así como la seguridad de la colectividad, defendidas a través de la persecución penal, constituyéndose en un objetivo actual de la generalidad.⁴⁸

El interés público en la persecución penal puede apreciarse según todas las consideraciones de prevención general y especial que determina la finalidad de la persecución penal. Desde la perspectiva de la prevención especial, el interés público se justifica, generalmente, cuando la falta de sanción provocara previsiblemente la comisión de más hechos delictivos; por lo tanto, el interés público existe ante la comisión de cualquier hecho delictivo.

Algunas legislaciones exceptúan de su aplicación aquellos casos en que se trata de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus

⁴⁷ En las legislaciones estudiadas, el límite máximo llega hasta seis años, ejemplo: CPP de Colombia, art. 324, apartado 1. En Costa Rica son tres años; CPP de Perú dos años, art. 2, apartado 2, e igual término en Guatemala, art. 25, apartado 2.

⁴⁸ Vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela...*, cit., p. 110.

funciones o con ocasión de estas.⁴⁹ Algunas otras establecen ciertos límites de las penas de los delitos para su aplicación.⁵⁰

Las posibilidades que ofrece este criterio de oportunidad son muy amplias y necesarias, pues la estructura y dinámica del delito en la mayoría de las sociedades y las características de sus comisores posibilita una justicia más adecuada al caso específico.⁵¹

2. Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

Este criterio de oportunidad se refiere al arrepentimiento activo. OSORIO⁵² lo define como: “una circunstancia caracterizada por reparar el culpable antes de la apertura del procedimiento judicial, los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la infracción”. En la mayoría de los casos está vinculado a delitos asociativos, donde el arrepentimiento está condicionado a un beneficio, es decir, a un “premio” por su contribución, diferenciándose del arrepentimiento voluntario, que en la dogmática penal tradicional puede atenuar o eximir de responsabilidad.⁵³

En este supuesto, lo que se hace es convertir a los imputados en fuente de información o en testigos, y la justificación es la persecución de delitos más graves en la búsqueda de la efectividad del sistema.⁵⁴ Esto se presenta por la

⁴⁹ CPP de Chile, CPP de Costa Rica, CPP de El Salvador, CPP de Perú, CPP de República Dominicana y CPP de Venezuela.

⁵⁰ CPP de Chile, CPP de Honduras, CPP de Perú, CPP de República Dominicana y CPP de Venezuela, aunque difieren en el monto de la pena límite. En el caso de Colombia se establece un procedimiento adicional en caso de delito con pena superior a seis años.

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Victimología: presente y futuro, hacia un sistema penal de alternativas*, pp. 1-74.

⁵² OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, p. 101.

⁵³ Resulta una institución diferente, por ejemplo, a lo preceptuado en el art. 19, apartado 3, de nuestro Código penal, pues cuando se dan estos presupuestos de la parte general del derecho sustantivo, tienen prioridad de apreciación respecto a este criterio de oportunidad construido en busca de otros objetivos. *Vid.* BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., *El colaborador con la justicia, aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentimiento”*, p. 14.

⁵⁴ ZÚÑIGA MORALES, Ulises, *Testigo de Corona. Derecho procesal costarricense*, pp. 588-589.

búsqueda de elementos de prueba decisivos, pues la ley admite, bajo este criterio, que algunos partícipes en el hecho criminal ofrezcan su colaboración al esclarecimiento de este o de otros hechos, convirtiéndose en testigos del Ministerio Público, lo que se favorece con un criterio de oportunidad y, consecuentemente, se prescinda de su persecución penal.

- El fiscal, previamente, debe realizar una valoración del imputado que será beneficiado con este criterio de oportunidad, atendiendo a:
- La personalidad del sujeto y su relación con los copartícipes.
- Investigar la existencia de otros móviles, tales como: odios, resentimiento, etcétera.
- Que la coimputación no le sirva al imputado como un medio autoexculpatorio.

Además, para que el imputado se vea beneficiado con la aplicación de este criterio de oportunidad, es necesario que el hecho de cuya persecución se va a prescindir sea igual o más leve que aquellos en los cuales dicho imputado colaborara brindando la prueba necesaria.

3. Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando, tratándose de un delito culposo, haya sufrido un daño moral de difícil superación.⁵⁵

La razón por la cual se incluyó este criterio y este grupo de casos está en que el imputado, al cometer un hecho delictivo, puede resultar lesionado, como efecto directo de su acción, y cuya gravedad apunta hacia una renuncia de la pena, porque su imposición resulta improcedente con los elementos objetivos que la pena debe cumplir, como son los elementos de prevención general o de la retribución de la culpabilidad.

⁵⁵ Vid. CPP de Bolivia, art. 21.2; CPP de Colombia, art. 324.6; CPP de Costa Rica, art. 22 c); CPP de El Salvador, art. 59.2; Perú, R. No. 1470-2005-MP-FN, art. 2.a; CPP de República Dominicana, art. 34.2; CPP de Venezuela, arts. 38.3. y 18.3; CPP de Honduras, art. 28.3; CPP de Nicaragua, art. 59.3. Vid. Sentencia No. 806-02, de fecha 9 de abril de 2002, de la Corte Constitucional de Colombia, ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández: hace referencia a los elementos a tener en cuenta para apreciar la pena natural, disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/consultada/el-23-1-2017.

Estamos en presencia de casos conocidos como de “retribución natural” o “pena natural”,⁵⁶ ya que el propio autor sufre un daño como resultado de su comportamiento delictuoso, que debe ser tenido en cuenta por la afectación que le causa. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público prescinde de la persecución penal y el juez, al aplicar el criterio, tendrá por extinguida la acción.

En estos casos, prima la justicia más que el Derecho⁵⁷ y, sin embargo, en Cuba, al no tenerse esa posibilidad el Ministerio Fiscal se ve en la necesidad de acusar y el juez de sancionar, aunque considere que la pena no es merecida y, después, en el periodo de ejecución, se busque la forma más adecuada de hacer justicia. Por tales razones, consiste en uno de los criterios de oportunidad de mayor aceptación, que también cuenta con el voto de la autora a su favor.

4. Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica, de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, o a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.⁵⁸

En este criterio de oportunidad van implícitos tres supuestos de aplicación: a) irrelevancia de la pena a imponer, en razón de la pena ya impuesta; b) irrelevancia de la pena que se pueda imponer, en comparación con las que se esperan; c) irrelevancia de la pena que se va imponer, en razón de la impuesta o de la que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

En efecto, si un imputado ya ha sido condenado, por varios delitos, al máximo de la pena permitido por la ley, no tiene sentido llevarlo nuevamente a juicio por otros hechos que integrarían, junto a los delitos ya juzgados, un concurso real, pues las penas que se le impondrían en la última sentencia serían de carácter irrelevante, por haber alcanzado el límite máximo de pena regulado en el Código penal.

⁵⁶ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal. Parte General*, pp. 196-197.

⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho penal actual”, *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, No. 2, 1998, pp. 73-101.

⁵⁸ CPP de Bolivia, art. 21.3; CPP de Costa Rica, art. 22 d); CPP de El Salvador, art. 18.4; CPP de Honduras, art. 28.4; CPP de Nicaragua, art. 59.3; CPP de República Dominicana, art. 34.3; CPP de Venezuela, art. 38.4.

De lo anterior se entiende la prioridad de la persecución de los crímenes más significativos, sin importar el lugar de su comisión, pues cuando la pena que se impuso, o podría imponérsele al imputado en el extranjero, es más severa en relación con la pena que se va a imponer en el país, puede suspenderse el ejercicio de la acción y extraditar al imputado al procurar dar preferencia al castigo de los delitos más graves, para evitar que prófugos extranjeros busquen la manera de evitar una pena por un hecho de mayor gravedad cometiendo delitos leves en el territorio nacional, con el propósito de frustrar una extradición. Criterio que también se presume válido y ponderado a las nuevas circunstancias de combate contra el crimen.

5. Casos relacionados con extradición.

Según este supuesto, se aplicará el principio de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta. Su aplicación depende de lo pactado en acuerdos y convenios entre los Estados.⁵⁹

6. Colaboración en delitos graves, de delincuencia organizada o procesos de tramitación compleja.

Se impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.⁶⁰ Estos dos últimos criterios están muy relacionados con los nuevos retos de la sociedad moderna en el enfrentamiento a la delincuencia organizada: abuso de poder, narcotráfico, espionaje, delitos ecológicos, tráfico de armas y personas, entre otros crímenes no convencionales. En tal sentido, corresponde al Ministerio Público definir estrategias generales de persecución e investigación, donde el Derecho penal premial⁶¹ constituye un

⁵⁹ Vid. CPP de Perú, art. 256, apartado 5; CPP de Colombia, art. 349, apartado 5.

⁶⁰ Vid. CPP de Bolivia, art. 21, apartado 5; CPP de Colombia, art. 324, apartado 2; CPP de Costa Rica, art. 22, inciso d); CPP de El Salvador, art. 18, apartado 4; CPP de Nicaragua, art. 59, apartado 3; CPP de República Dominicana, art. 34, apartado 3; CPP de Venezuela, art. 38, apartado 4.

⁶¹ Surge en los años setenta en Italia con la utilización del término *Pentiti*, plural de *Pentito*, que significa "el que se arrepiente", y normalmente son personas que tienen un conocimiento amplio de una red criminal. Se creó en primera instancia para combatir el terrorismo. Ha sido definido por diferentes autores como BRAMOT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: como la reducción, excepción o remisión de la pena de un inculpado que colaboró con la justicia penal en el descubrimiento y esclarecimiento de los hechos ilícitos, la que encontraría enmarcada dentro del Derecho penal premial. Vid. BRAMOT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Arrepentimiento*

instrumento de primera necesidad, para poder investigar y sancionar los hechos de mayor daño social.

Como rasgos esenciales de la aplicación de todos los criterios de oportunidad a que hicimos referencia, podemos señalar:

- La función encomendada por el Estado al Ministerio Público o al fiscal, según sea el caso, sobre el ejercicio de la acción penal pública y, con ello, la obligación de perseguir el delito, sin que ello pueda interrumpirse o suspenderse, cambia al establecerse excepciones regladas, mediante los criterios de oportunidad que le permiten no ejercer la acción penal.⁶² El papel de esta institución se fortalece en el proceso penal.
- En la mayoría de los países estudiados, la decisión de aplicar los criterios de oportunidad es autorizada o controlada por el órgano jurisdiccional (jueces de control o tribunal), lo que encuentra alguna excepción en Estados como la República del Perú, que facultan al Ministerio Público para abstenerse de oficio, o a petición del imputado (y con su consentimiento), del ejercicio de la acción penal.⁶³
- Se recurre a la fórmula de oportunidad reglada, aunque, en algún caso, la reglamentación es tan abstracta que le falta de concreción; por ejemplo, el Código procesal penal chileno, que confiere al Ministerio Público la facultad de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se trate de un hecho que no comprometía gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito exceda la de presidio o reclusión menores en grado mínimo.
- Existen otras legislaciones procesales penales que optan por el método del listado para conseguir concreción, a la vez que garantizar seguridad jurí-

y colaboración eficaz. La importancia de la manifestación de coimputado colaborador en el proceso penal, p. 1. También, QUIROZ SALAZAR, William, "La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú", *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2008, pp. 160-171; RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo, *La delincuencia organizada transnacional como fenómeno global contemporáneo de carácter político, económico y social*, p. 134.

⁶² Vid. art. 22 del CPP de la República de Costa Rica; art. 179, CPP de Chile; art. 2 del Libro Primero, Sección I, del Nuevo Código Procesal Penal de la República del Perú; art. 25 del CPP de la República de Guatemala; art. 212 del CPP de la República de Panamá.

⁶³ Vid. art. 2 del Libro Primero, Sección I, del NCPP de la República del Perú.

dica. El sistema más casuístico lo tiene Colombia, con diecisiete criterios,⁶⁴ algunos de ellos coincidentes con otros países.

- También es común identificar la previsión de hechos de poca relevancia penal de diversas formas. Así, se encuentran fórmulas legales que facultan la aplicación del principio de oportunidad respecto a hechos insignificantes, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o de exigua participación de este.⁶⁵
- En otros casos, sobre la base de la idea de que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, se autoriza la oportunidad, si se trata de delitos que no estén sancionados con pena de prisión o sobre delitos de acción pública que no sean considerados graves.⁶⁶
- La figura del colaborador con la justicia se acoge en la mayoría de los países, aunque su regulación se hace de forma diferente, bajo los mismos objetivos.
- Con respeto a los derechos humanos, y con particular énfasis en lo propio de la dignidad humana, en cuanto a valor previo y legitimador de los sistemas democráticos, se suele integrar la aplicación de los criterios de oportunidad para aquellos casos en los que el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, pena natural; en estos casos, la imposición de la pena resulta desproporcionada, principio de humanidad de las penas y principio de proporcionalidad.⁶⁷
- No pocas veces, en las legislaciones procesales locales se ausenta⁶⁸ la aplicación del criterio de oportunidad cuando el hecho o la infracción objeto de persecución es de menor importancia, en comparación con algún hecho o infracción que ya fue sometido a sanción penal, o respecto a restantes hechos o infracción cuyo castigo cabe esperar.⁶⁹

⁶⁴ Vid. art. 324 del CPP de Colombia.

⁶⁵ Vid. art. 22, inciso a), del CPP de la República de Costa Rica.

⁶⁶ Es el caso previsto en el art. 25, incisos 1, 2 y 3 del CPP de Guatemala; en el mismo sentido, el art. 2, incisos b) y c), en la Sección I del CPP de Perú.

⁶⁷ Vid. art. 22, inciso c), del CPP de República de Costa Rica; art. 25, inciso 5, del CPP de la República de Guatemala; inciso a) del art. 2 del Libro Primero, Sección I, del CPP de Perú.

⁶⁸ Como ocurre en los CPP de las Repúblicas de Perú y Guatemala.

⁶⁹ Vid. art. 22, inciso d), del CPP de la República de Costa Rica.

- Legislaciones como la de la República de Costa Rica contemplan algún supuesto que permite prescindir de la acción penal cuando este se llevará a cabo en el extranjero. Ello guarda similitud con los supuestos que contempla el sistema procesal colombiano, cuando permite prescindir de la acción penal si la conducta punible y la sanción a imponer carezcan de importancia, comparada con la que se pueda imponer en el extranjero.

En todos los casos se requiere, además:

- Consentimiento del imputado: que este preste su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad, a fin de iniciarse el trámite correspondiente, lo que no implica necesariamente la aceptación de su responsabilidad o culpabilidad en los hechos imputados, puesto que de lo contrario se estaría vulnerando su derecho de defensa y la presunción de inocencia; siempre deben existir otras pruebas, no solo su confesión.
- Obligación de pago: que el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es la restitución del bien o, según el caso, el pago de su valor y, además, la indemnización por los daños y perjuicios; o se hayan puesto de acuerdo (el referido imputado con la parte agraviada). En los casos de falta de necesidad de pena, no es necesaria la exigencia del pago de la reparación civil.

Los supuestos mostrados con anterioridad pueden verse restringidos ante la aparición de ciertas circunstancias que hagan necesaria o insoslayable la intervención penal, fundamentalmente, en aras de reforzar la función preventiva que le es propia. Así, es dable hablar de la prohibición respecto a la aplicación de los criterios de oportunidad para delitos que a pesar de arrojar una menor culpabilidad del autor o una exigua labor de participación, deberán ser puestos en manos de la autoridad judicial.

Se trata, particularmente, de aquellos delitos que comportan la lesión de bienes jurídicos de especial importancia social o, incluso, de otros que, teniendo relevancia individual, son de tal notabilidad que, en definitiva, comportan interés social y que por ello no podrían ser pasados a través del filtro del principio de oportunidad.

3.2. PROHIBICIÓN PARA LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD ATENDIENDO A LA CONDUCTA DELICTIVA

Los delitos para los cuales la experiencia normativa internacional no admite la aplicación del principio de oportunidad son aquellos que pretenden proteger

bienes jurídicos de importancia total. Así, es posible hablar de tipos penales en los que subyace la protección de valores fundamentales, como la libertad o indemnidad sexual, la salud (particularmente tratándose de agresiones que tienen lugar dentro de una atmósfera de convivencia familiar), así como aquellos que tutelan el libre desarrollo de la personalidad:

- *Delitos sexuales o de violencia familiar.* Los delitos que conllevan la lesión de la libertad, o bien indemnidad sexual, son generalmente excluidos del ámbito de aplicación del principio de oportunidad. La exclusión de los distintos supuestos obedece a la entidad del bien jurídico protegido y, en definitiva, a las graves consecuencias que, aun en casos de menor culpabilidad o de exigua participación, supone la realización de esta suerte de conductas sobre el sujeto pasivo.
- *Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad.* Se encuentran representados, fundamentalmente, por los delitos en materia de trata de personas, por la afectación que ello representa a la dignidad humana; el libre desarrollo de la personalidad y otros.
- Delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de su cargo o con motivo de él.

Se avala como muy atinadas tales prohibiciones por la protección tan especial que merecen los bienes jurídicos que en ellas se tutelan y la dañosidad social que esas figuras entrañan para cualquier sociedad.

Los criterios explicados *ut supra* constituyen, en opinión de la autora, uno de los fundamentos principales en los que puede sustentarse la futura implementación del principio de oportunidad en la legislación procesal penal cubana, pues estos no responden a las características particulares de un ordenamiento procesal, sino a la regularidad de su reconocimiento teórico y normativo. En consecuencia, resulta importante conocer el procedimiento establecido para la solicitud y siguiente tramitación de estos criterios de oportunidad, siendo la siguiente parada.

3.3. TRÁMITE PROCEDIMENTAL PARA LA SOLICITUD DE CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Dada la experiencia acumulada en los países de nuestra región, tras el proceso de reforma y la introducción en sus códigos procesales, el principio de

oportunidad se razona como algo viable a tener en cuenta su experiencia procedimental para su valoración futura en Cuba, sin que ello signifique traspolar o copiar elementos que contradigan la esencia del proceso penal cubano. En tal sentido, a continuación, a grandes rasgos, describimos cómo discurre, en la generalidad de los casos, la solicitud y aprobación de un criterio de oportunidad.

La solicitud de aplicación de criterio de oportunidad debe presentarse en la etapa inicial preparatoria o en la intermedia, por escrito motivado ante el tribunal, el cual cita a la audiencia, como un acto conclusivo, el día que fue fijado por el juez. La audiencia se desarrolla de la forma siguiente:

En primer lugar, el juez verificará la presencia de los sujetos procesales. Deben estar presentes el Ministerio Público, el acusado y su abogado defensor; el querellante adhesivo, si lo hay, y su abogado asesor; también puede estar el agraviado, y dar su opinión.

El juez señalará el objeto del acto y concederá audiencia oral en el orden siguiente:

- El Ministerio Público debe argumentar, de hecho y derecho, por qué su solicitud de conceder al procesado el criterio de oportunidad y solicitar al juez que se autorice suspender la persecución penal iniciada; señalando que el hecho encuadra dentro de los casos posibles, que se llenan los requisitos para concederlo y se pedirán las reglas o medidas que se considere que deben imponerse al procesado.
- El querellante adhesivo, si lo hay, a través de su abogado defensor, podría oponerse a la solicitud del Ministerio Público, si no ha habido reparación de daño y cualquier elemento que procesalmente preocupe.
- El defensor del acusado debería estar preparado para aunarse totalmente y aun fundamentar, de hecho y derecho, por qué sí debe concederse el criterio de oportunidad a favor de su patrocinado, pero incluso puede buscar que el juez dicte el sobreseimiento a favor de su patrocinado.
- Al acusado se le da la palabra para que manifieste lo que considere y si está de acuerdo con el criterio de oportunidad discutido y con las reglas o abstenciones que quieren imponérsele.

En la resolución jurisdiccional,⁷⁰ el juez ha de resolver el auto que debe contener lo necesario: identificación del órgano que lo resuelve; identificación del imputado (a favor de quién se dicta), los fundamentos (razonamientos de hecho y de derecho), la parte resolutive de aplicación del criterio de oportunidad a las reglas o abstenciones que se impondrán al procesado, así como los efectos de esta institución.

Si el tribunal lo estimara conveniente, podrá imponer al imputado el cumplimiento de una obligación, o varias, cuando se decreta la suspensión de la acción penal.⁷¹ Estas pueden ser:

1. Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez.
2. La prohibición de visitar determinados lugares o personas.
3. Abstenerse del uso de estupefacientes y de bebidas alcohólicas.
4. Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez.
5. Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de trabajo.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si fuere necesario.
7. Prohibición de portación de arma de fuego.
8. Prohibición de salir del país.
9. Prohibición de conducir vehículos automotores.

⁷⁰ Vid. FIGUEROA GUTARRA, Edwin, "Jueces y argumentación", *Revista Oficial del Poder Judicial*, No. 8 y 9, 2012-2013, pp. 119-141. Defiende el autor que la argumentación jurídica nos enseña a construir las razones con las cuales sustentamos una decisión con relevancia jurídica. Ella permite la plasmación de las justificaciones del juzgador a propósito de su decisión. Es por ello que si el auto de sobreseimiento que dicta el juez aplicando criterios de oportunidad pone fin al proceso inmediatamente o cuando se cumplan los términos o condiciones a los que está sujeto, el juez tiene que dejar bien argumentada en su resolución la decisión adoptada.

⁷¹ Vid. arts. 25 del CPP de Guatemala, 22 del CPP de Costa Rica, 153 StPO Alemania, 230 del CPPMI.

10. Permanecer en un trabajo o adoptar, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte industrial o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.

Con la adopción de estas medidas y su posterior control por el fiscal se desvanecen las opiniones detractoras del principio de oportunidad, que lo censuran de provocar impunidad, pues sí hay una respuesta, aunque distinta a la sanción penal, de una forma más humana y civilizada le restringen los derechos del comisor. En Cuba sería posible su aplicación y hasta en un catálogo superior, al incluirse, por ejemplo, las prohibiciones que se les imponen a los sancionados a penas de Limitación de libertad⁷² o algunas de las sanciones que actualmente tenemos como accesorias,⁷³ perfectamente controlables, como se ha demostrado con las estructuras del juez de control y seguimiento a las sanciones no detentivas y beneficios, que tiene como mérito insoslayable la vinculación de los factores sociales al cumplimiento de las prohibiciones impuestas por el tribunal, desde diferentes actores, como son el centro de trabajo y la comunidad, donde se puede verificar el impacto de los efectos jurídicos, producido por la aplicación del referido principio que relacionamos a continuación.

3.4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Los efectos de la aplicación de los criterios de oportunidad, según las circunstancias en que se aplican, son las siguientes: extinción de la acción penal pública (se corresponderá con un auto de sobreseimiento definitivo que pone fin al proceso); suspensión del ejercicio de la acción penal (se corresponderá con un auto de sobreseimiento provisional, hasta tanto se cumplan las condiciones impuestas por el juez); conversión de la acción pública en privada (se transforma, ante una solicitud al fiscal para que renuncie al ejercicio de la acción pública y se convierta en privada), mediante un auto de sobreseimiento definitivo, porque después el fiscal no puede ejercitar la acción, aunque no se haya ejercido la acción particular.

3.4.1. *La extinción de la acción penal pública*

Es un efecto definitivo por la ausencia de voluntad por parte del Ministerio Público, en razón de la facultad discrecional en la persecución del autor penal del hecho delictivo, aceptada por el juez. Esto significa que es de naturaleza

⁷² Vid. art. 34, apartado 3, del Código penal cubano.

⁷³ Vid. arts. 39, apartados 1 y 2; 40, apartados 1, 2, 3; y 45, apartados 1, 2, 3.

personal. Sin embargo, debe agregarse que cuando la decisión se funde en la insignificancia del hecho, exigua contribución del partícipe o mínima culpabilidad, su efecto extintivo se amplía a todos los que han participado en el hecho. La acción penal se extinguirá por la aplicación de un criterio de oportunidad, pero no la acción civil.

Al extinguirse la acción penal, la resolución adoptada tiene efectos de cosa juzgada.⁷⁴

3.4.2. Suspensión del ejercicio de la acción penal

Este efecto es considerado temporal porque, posteriormente, dará lugar a la extinción de la acción o a la continuación de su ejercicio, y el Ministerio Público puede solicitarlo en los supuestos de colaboración del imputado o cuando exista irrelevancia de la pena; dicha suspensión solo opera respecto a los beneficiados con este criterio. Esto significa que algunas de las solicitudes de los criterios de oportunidad no tienden a concluir el procedimiento, sino únicamente a suspenderlo. De ahí que resulte posible distinguir dos tipos de criterios de oportunidad:

El primero, caracterizado por contener una solicitud libre y espontánea, equiparable a un acto unilateral del Ministerio Público; el segundo es la oportunidad negociada, cuya naturaleza es transaccional y se logra por un acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado. Se refiere a que dicha extinción queda sujeta a la colaboración o la eficacia de la información prestada por el imputado. Además, si el Ministerio Público no está satisfecho con la colaboración otorgada por el imputado, podrá solicitar la reanudación del trámite de la investigación.

Otra forma es dejar el auto de sobreseimiento siempre sujeto a un término de evaluación de las condiciones impuestas, y transcurrido este, adquiere firmeza y efectos de cosa juzgada.

3.4.3. Conversión de la acción penal

Esta es una figura procesal novedosa porque se reconoce la participación de la víctima en el proceso penal; distinto de la participación clásica, aparece la "Conversión de la acción penal pública en privada".

⁷⁴ Vid. art. 113 del CPP del Estado de México.

Al hablar de la conversión de la acción se deben tomar ciertos parámetros para realizar dicha acción:

- a) Que se haya dado la extinción de la acción penal pública.
- b) Que la víctima se constituya o se haga representar por su querellante.
- c) Que sea autorizada por la Fiscalía General de la República, siempre que no exista un interés gravemente comprometido.
- d) Que se realice dentro del término establecido posteriormente a la resolución de la extinción de la acción pública.
- e) Que reúna los requisitos estipulados en ley.

Al quedar establecidos los efectos que provoca la aplicación de los criterios de oportunidad se le está dando seguridad jurídica al ciudadano, pues en el sobreseimiento definitivo, hay acción de cosa juzgada y no se puede volver sobre los hechos y las personas; y en el provisional, una vez cumplida la condición o el término, también tiene efectos de cosa juzgada y, por tanto, tampoco se puede volver al hecho y a las personas. Cosa muy contraria ocurre en Cuba cuando se aplica el art. 8, apartado 3,⁷⁵ al reinar una total inseguridad del comisor respecto a su futuro, en relación con el hecho cometido, pues el archivo no alcanza los efectos de cosa juzgada.

3.5. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE APLICA CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Contra las resoluciones dictadas por los jueces resolviendo lo solicitado por el fiscal, siempre que pongan fin a la acción, imposibiliten su continuación o causen agravio a las partes, se podrá establecer recurso⁷⁶ de apelación. La resolución pronunciada por el juez es un sobreseimiento razonado con fundamentos de hecho y de derecho, contra la cual se garantiza la segunda instancia.⁷⁷

⁷⁵ Respecto a esta facultad asegura ROXIN que solo es posible a la Fiscalía; ya que la Policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige ilimitadamente. *Vid.* ROXIN, CLAUS, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 91.

⁷⁶ *Vid.* BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 285 y ss.; CAFFERATA NORES, José, *cit.*, pp. 157-159.

⁷⁷ *Vid.* arts. 404 al 407 del CPP de Guatemala. Se presenta ante el juez que dictó la resolución, en el término de tres días después de notificada.

Los sujetos procesales que pueden interponer este recurso, dependiendo del agravio que se cause a cada uno de ellos, son los siguientes:

1. La víctima puede interponer el recurso de apelación porque se ha constituido como querellante o ha nombrado uno para que lo represente, pues este sujeto procesal es el más perjudicado con la extinción de la acción penal en beneficio del imputado, por el interés particular que tiene en el castigo de la persona por la cual se considera ofendida.
2. El Ministerio Público puede interponer este recurso cuando exista un pronunciamiento por parte del juez distinto al solicitado por él y en tal sentido perjudique a cualquiera de los intervinientes.

La aplicación del principio de oportunidad tiene controles internos y externos. El Ministerio Público y los tribunales han reglamentado su cumplimiento estricto, según las condiciones, la estructura y el funcionamiento en cada país; la preocupación mayor hoy en día está dada en su poca utilización y representa uno de los asuntos de mayor prioridad en la capacitación de jueces y fiscales. Si algo debiera mejorarse al unísono, en la mayoría de las legislaciones estudiadas, es dotarlas de términos más precisos y menos ambiguos que fuerzan a la constante jurisprudencia para su interpretación.⁷⁸

El andamiaje histórico, doctrinal, político-criminal y de Derecho comparado construido durante esta travesía científica posibilita fundamentar desde bases garantistas la necesidad de su incorporación al proceso penal cubano.

4. CONCLUSIONES

El principio de oportunidad, como tendencia internacional, goza de reconocimiento constitucional y en las normas de Derecho internacional. En Cuba, aunque no se reconoció expresamente en la nueva Constitución de 2019, como hubiera sido nuestra pretensión, sí se hace de forma implícita en el art. 94 al establecer como una garantía el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternativos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos; por lo que no cabe dudas que este principio debe ser incluido en

⁷⁸ En la mayoría de las legislaciones estudiadas se utilizan términos como culpabilidad mínima, escasos daños, injusticia notoria, interés nacional, falta de interés, interés público, conceptos que a todas luces resultan vagos e imprecisos. Vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal. Su pasado y su futuro*, p. 140.

la nueva Ley de Procedimiento Penal, porque solo él puede abrir las puertas a una justicia penal restaurativa.

En su diseño procesal debe tenerse en cuenta que la oportunidad reglada ofrece un conjunto de ventajas que se erigen en razones de política criminal, cuyo fundamento no obliga a la persecución indiscriminada de todos los delitos en pos del descongestionamiento del sistema judicial; permite concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada, nos ofrece una amplitud de posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca peligrosidad social, y como colofón de todo ello, tributa a la necesaria economía procesal y del país en general.⁷⁹

Del análisis de la totalidad de los criterios de oportunidad que se manejan en la doctrina y el Derecho comparado, y atendiendo a las características propias del delito y sus comisores en nuestro país, una selección de ellos tributarían a una correcta implementación de la oportunidad reglada, con énfasis en los que toman en cuenta: la insignificancia, la pena natural, la colaboración y los postulados en convenios internacionales.⁸⁰

La doctrina moderna le reconoce a este principio su carácter excepcional y discrecional, así como que siempre es referido al órgano persecutor oficial del Estado, así como su taxatividad, cuando no se aplica la modalidad libre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ÁLVAREZ-TABÍO, Ana María y Andry MATILLA CORREA (coords.), *El Derecho Administrativo en Cuba a comienzo del siglo XXI. Libro homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío*, Universidad de La Habana, La Habana, 2011.

ARIAS GAYOSO, Grethel, "La significación jurídica del principio de legalidad para la administración pública", en Andry Matilla Correa (coord.), *Panorama de la Ciencia*

⁷⁹ Estudios realizados por la Dra. C. Rufina de la C. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su tesis Doctoral titulada: "El Principio de Oportunidad. Fundamentos para su Inserción en Cuba", Facultad de Derecho, demuestran que en un periodo de cinco años, de aplicarse este principio procesal al 67 % de los casos tramitados en los Tribunales Municipales del país, que cumplían los requisitos exigidos en ley, significaba, entre otros beneficios, un ahorro económico al país superior a los 12 millones de pesos.

⁸⁰ *Idem.*

del Derecho en Cuba. Estudio en homenaje al profesor Dr.C. Julio Fernández Bulté, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2009.

_____, *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*, Novum, México, 2015.

ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.

BACIGALUPO, Enrique, "Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual", *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, No. 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Lerner, Buenos Aires, 1998.

BARONA VILLAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, tirant lo blanch, Madrid, 1994.

BENAVIBES VARGAS, Rosa Ruth, *El principio de oportunidad*, disponible en www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo

BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir y otros, *La Reforma a la Justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Programa de Cooperación en Seguridad Regional, Friedrich Eberto Stiftung, Bogotá, 2016.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., *El colaborador con la justicia, aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del "arrepentimiento"*, Dykinson s.l., Meléndez Valdés, Madrid, 2004.

BERNAL CUELLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, 5ª ed., Ed. Universidad de Externado, Colombia, 2004.

_____, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, t. 1, 5ª ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Ensayos de Derecho penal y política criminal*, Jurídica Continental, San José, 2001.

BRAMOT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Arrepentimiento y colaboración eficaz. La importancia de la manifestación de coincepado colaborador en el proceso penal*, Lima, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Victimología: presente y futuro, hacia un sistema penal de alternativas*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1993.

CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 2000.

CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando, *Teoría del Estado*, Ministerio de Educación Superior, Pueblo y Educación, 1979.

- CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal, conceptos y principios constitucionales*, 2ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CHANG PIZARRO, Luis Antonio, *Criterios de oportunidad en el Código procesal penal*, Jurídica Continental, San José, 1998.
- DEL OLMO, Rosa, "Hacia dónde va la Criminología en América Latina", en *Hacia el Derecho penal del Nuevo Milenio*, INACIPE, México, D.F., 1991.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Mijaíl NICOLAEVICH MÁRCHENKO y otros, *Manual de teoría del Estado y el Derecho*, Pueblo y Educación, La Habana, 1988.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *Los Principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988. La Reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi, *Justicia penal y democracia en el contexto extraprocesal. Capítulo de Criminología No. 16*, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1990, disponible en <http://www.websjuridicas.com/modules/news/article.php?storyid=228>
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, "Jueces y argumentación", *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 6-7, No. 8 y 9, Lima, 2012-2013.
- GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo, "La Administración Pública y la Ley", *Revista española de Derecho Administrativo*, No. 108, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 2ª ed., corregida y comentada, tirant lo blanch, Valencia 1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente; Víctor MONTERO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997.
- GOLDSTEIN, Abraham, "La discrecionalidad de la persecución penal en Estados Unidos", *Lecciones y Ensayos*, No. 49, Buenos Aires, 1988.
- GOMES, Luis Flávio y otros, *Infracciones de bagatela y principio de insignificancia en Derecho penal y Criminología como fundamentos de la política criminal*, Dykinson, S.L., Madrid, 2006.
- GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "Orígenes y definiciones del principio de oportunidad", *Revista Jurídica, da Universidades de Santiago*, año I, No. 1 ISSN2309-3595, Cabo Verde, 2013.
- GONZÁLEZ-CUELLER SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- GUARIGLIA, Fabricio, "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

De las garantías fundamentales al diseño procesal en pos del principio procesal...

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina de la C., "El principio de oportunidad. Fundamentos para su inserción en Cuba", *Tesis Doctoral*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba, 2017.
- JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- LLOBERT RODRÍGUEZ, Javier, *La prisión preventiva, límites constitucionales*, Universidad para la Cooperación internacional, San José, 1997.
- LÓPEZ REY ARROJO, Manuel, *Criminología y planificación de la política criminal*, t. 2, 1ª reimp., Aguiar, Madrid, 1981.
- MANOV, G., *Teoría marxista leninista del Estado y el Derecho*, trad. José Peraza Chapeau, Ciencias Sociales, La Habana, 1981.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal. Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Jurídicas, S.A., Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *El proceso penal y su exigencia intrínseca*, Porrúa, México, 1993.
- MONTERO AROCA, Juan; Juan Manuel ORTELLS RAMOS, Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Alberto MONTÓN REDONDO, *Derecho jurisdiccional. Parte General*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995.
- MORENO CARRASCO, Fernando y otros, *Código penal comentado*, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, Madrid, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, tirant lo blanch, Valencia.
- ORDOÑEZ MARTÍNEZ, Francisco, *La legalidad socialista, firme baluarte de los intereses del pueblo*, Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, 1999.
- PEÑA FREYRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- PERALTA AGUILAR, Saray y Sergio QUESADA CARRANZA, *Principio de oportunidad, aplicación en Costa Rica (insignificancia del hecho-testigo de la corona)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.
- PRIETO VALDÉS, Martha, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976", en Andry Matilla Correa (coord.), *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, UNIJURIS, La Habana, 2016.

- _____, "¿Qué municipio necesitamos? Algunos principios para su configuración", en *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización*, Félix Varela, La Habana, 2015.
- QUIROZ SALAZAR, William, "La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, 2008.
- RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo, *La delincuencia organizada transnacional como fenómeno global contemporáneo de carácter político, económico y social*, Superintendencia del Banco de Guatemala, Guatemala, 2012.
- ROXIN, Claus, "Tiene futuro el Derecho penal", *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, No. 49, CGPDJ, 1998.
- _____, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penal", en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus S.A., Madrid, 1976.
- _____, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, rev. Julio Maier, Ed. del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general*, t. 1, Iustel, Madrid, 2005.
- VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Derecho procesal penal*, t. 1 – *El proceso penal*, Rubinzal-Culzoni y Asociados S.A., Buenos Aires, 1997.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, "La axiología de los derechos humanos en Cuba", en Lisette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (comps.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- ZHIDKOV, O.; V. CHIZKIN, y Y. YUDIN, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, Progreso, Moscú, 1980.
- ZÚÑIGA MORALES, Ulises, *Testigo de Corona. Derecho procesal costarricense*, 1ª ed., Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007.

FUENTES LEGALES

- CPP de Bolivia.
- CPP de Colombia.
- CPP de Costa Rica.
- CPP de El Salvador.
- Perú, R. No. 1470-2005-MP-FN.

De las garantías fundamentales al diseño procesal en pos del principio procesal...

CPP de República Dominicana.

CPP de Venezuela.

CPP de Honduras.

CPP de Nicaragua.

“Constitución Argentina de 22 de agosto de 1994”, en VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M., *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, Félix Varela, La Habana, 2004.

Constitución de Bolivia, versión oficial aprobada por Asamblea Constituyente-2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional-2008.

Art. 250 de la Constitución Nacional Colombiana, actualizada con los Actos Legislativos a 2015, consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/?Ty>

CPP de Costa Rica de 1ro. de enero de 1998. Ley No.7594 de 10 de abril de 1996 publicada en *Alcance* No. 31, *Diario Oficial la Gaceta*, No. 106, de 4 de junio de 1996, que entró en vigor 1 de enero de 1998.

Constitución de la República de Chile de 31 de diciembre de 2015, consultada en http://leyes-cl.con/constitución_política_d_chile.htm

Constitución de Montecristi, de fecha 25 de julio 2008, consultada en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.en

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de enero 2016.

Constitución cubana de 2019.

Código de Ética Judicial, TSP, 2015.

Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de Colombia.

Recibido: 24/8/2020
Aprobado: 22/10/2020