

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UN ANTES Y UN DESPUÉS

THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY: A BEFORE AND AFTER

■ **DRA. RUFINA DE LA CARIDAD HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**

Magistrada, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba

Código ORCID: 0000-0002-0032-9717

rufina@tsp.gob.cu

Resumen

La reforma procesal latinoamericana, como movimiento renovador que introdujo en la región el principio de oportunidad, da inicio al presente artículo, en el cual, mediante un diálogo teórico, del principio de legalidad con el de oportunidad, se transita por: surgimiento, desarrollo, clasificaciones, ventajas, desventajas, puntos de contactos y aparentes contradicciones con otros principios, ponderación constitucional y efectos procesales de la aplicación. Los resultados del estudio empírico realizado constituyen el soporte científico para argumentar que, en lo social, lo normativo, lo judicial y lo económico, tal principio, en su versión reglada, ofrece ventajas que se erigen en razones de política criminal, al permitir descongestionar el sistema judicial; concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada; ampliar las posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca lesividad; resarcir a la víctima; y, como colofón, tributar a la necesaria economía procesal. En virtud de lo anterior, se analiza la forma y manera en que la Ley No. 143, de 2021, introdujo el referido principio y en qué se debe trabajar para que dicha institución crezca con buena salud en el proceso penal cubano.

Palabras clave: Proceso penal; principio de legalidad y oportunidad procesal; criterio de oportunidad; oportunidad libre y oportunidad reglada.

Abstract

The Latin American procedural reform, as a renovating movement that introduced the principle of opportunity in our region, begins this article that, through a theoretical dialogue, principle of legality-opportunity, moves from its emergence, development, classifications, advantages, disadvantages, points of contacts and apparent contradictions with other principles, its constitutional weighting and the procedural effects of its application. The results of the empirical study carried out constitute the scientific support to argue that, from the social, regulatory, judicial and economic aspects, the principle of opportunity, in its regulated version, offers advantages that arise from criminal policy reasons, while allow the decongestion of the judicial system; the concentration of efforts on an effective prosecution of the most serious crimes, with a current trend towards organized crime; wide possibilities of social reinsertion to the subjects involved in acts of little social danger; the effective compensation to the victim and, as a climax, pays tribute to the necessary procedural economy. By virtue of the foregoing, the form and manner in which the new Criminal Procedure Law introduced the aforementioned principle is analyzed and what we must work on so that said institution grows in good health.

Keywords: *Criminal process; principle of legality and procedural opportunity; opportunity criterion; free opportunity and regulated opportunity.*

Sumario

I. Introducción; II. El principio de legalidad como eje conductor del proceso penal; III. Principio de oportunidad; 3.1. Sistema de oportunidad libre; 3.2. Sistema de oportunidad reglada; IV. Distinción entre principio y criterio de oportunidad; V. Efectos jurídicos de la aplicación de los criterios de oportunidad; 5.1. La extinción de la acción penal pública; 5.2. Suspensión del ejercicio de la acción penal; 5.3. Conversión de la acción penal; VI. Panorama cubano con la Ley del proceso penal. VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El enjuiciamiento criminal abrió las puertas al siglo XXI tratando de resolver la disputa por la supremacía entre dos modelos de juzgamiento;

de una parte, el llamado sistema adversarial con raíces en el antiguo proceso germánico; de otra, el proceso continental europeo que, pese a tener orígenes inquisitivos, ha sido penetrado por diversas instituciones propias del sistema acusatorio, para dar lugar a un esquema procesal acusatorio formal o mixto.

En este camino, ya no es posible afirmar que los sistemas de justicia son absolutamente puros; el anglosajón, fundamentado en su paradigma de precedente judicial, y el romano-latino-francés, en su codificación, tienden puentes que tratan de tomar de uno y otro lo mejor de sus instituciones; sin embargo, ello se ha querido presentar como la irrupción única del primero, lo que tiene muchas aristas y puntos oscuros (Schünemann, 1991, p. 111).

En esta controversia entre modelos es, precisamente, donde no puede perderse de vista la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, y el otro, animado por las ideas político-criminales propias de las corrientes preventivas.

La incorporación del principio de oportunidad al proceso penal obedece a cuestiones de índole plural, dogmáticas, procesales, constitucionales, político-criminales, orgánicas, económicas... que aparecen condicionadas por las corrientes minimalistas y de expansión del Derecho penal.

El gran dilema que se enfrenta en la lucha contra la delincuencia contemporánea está marcado por la necesidad de mantener los principios y garantías conquistados en el curso de una evolución jurídico-penal garantista y el clamor cada día más creciente de seguridad que exigen los ciudadanos, en un escenario donde la criminalidad organizada crece, el sujeto comisor del delito cambia sus paradigmas, se cuestiona la eficacia de la pena y sus alternativas, las tecnologías en ocasiones devienen mecanismos facilitadores del delito, se incrementa el riesgo y la violencia y, finalmente, se internacionaliza el delito, y los instrumentos se convierten en pautas y lineamientos para conformar un modelo de enfrentamiento al crimen.

Un ordenamiento penal está informado por el principio de oportunidad, cuando los titulares de la acción penal están autorizados a prescindir de su promoción, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma.

El principio de oportunidad tiene su génesis en el sistema del *Common Law*, y su primera expresión normativa se ubica en Alemania, mediante

la Ley *Emminger*, de 4 de enero de 1924 —Artículo 153—, en virtud de la cual el ministerio público quedó facultado para abstenerse del ejercicio de la acción a fin de dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

La comparación entre el modelo teórico-metodológico y político-criminal del principio de oportunidad abordada en la doctrina y el Derecho comparado, y el diseño de este en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], es lo que motiva a incursionar, en el plano académico y profesional, en «El principio de oportunidad: Un antes y un después» (de la reforma procesal penal), tema en el que se ha adoptado una concepción eminentemente legalista.

Hoy, el panorama cubano se caracteriza por una creciente criminalidad no convencional, lo que, junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, obliga a la utilización de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo hagan más ágil, eficiente y menos costoso.

La actualización del modelo socioeconómico en que se encuentra inmerso el país debe realizarse con un enfoque multidimensional, en el que los aspectos jurídicos desempeñan un importantísimo rol, perspectiva desde la cual el proceso penal cubano se ha reformado en correspondencia con el nuevo escenario económico-social y delictivo del país, y en concordancia con la doctrina procesal más moderna, en la que la solución al conflicto social creado por el delito es el eje central de todas las acciones que se instrumenten; y todo esto en la línea de cambios que exigen la implementación de los Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución, actualizados en el VIII Congreso del PCC (2021) y los retos para el milenio, en cuanto al acceso a la justicia y la calidad que de ella se demanda, materializados en la misión del ST: impartir justicia con apego a la ley, sentido de lo justo, racionalidad, prontitud, respeto a las garantías de las partes, transparencia, cumplimiento oportuno y efectivo de las decisiones y, con ello, la seguridad jurídica a la sociedad.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EJE CONDUCTOR DEL PROCESO PENAL

Desde la óptica procesal, el principio de legalidad se enuncia bajo el axioma: *nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*,

es decir que nadie puede ser castigado si no en virtud de un proceso legal, y que la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función (Velásquez, 2002, p. 58). Es identificado, también, como principio de necesidad u obligatoriedad y consiste, esencialmente, en la obligación que le viene impuesta al ministerio público, por designación del Estado, de perseguir toda actuación que revista características de delito, según lo tipificado en los códigos penales, de manera que ninguna institución, ni persona natural, puede escoger voluntariamente si se persigue un delito, o no, aun cuando se sienta afectada por este.

El órgano represivo está en la obligación de perseguir toda acción u omisión que la ley sustantiva recoja como delito, obligación que perdura durante todo el proceso, pues una vez iniciada la investigación de este, ninguna autoridad tiene facultad para detener discrecionalmente el curso procesal.

Según Mendoza (2002):

Existe una estrecha relación de este principio con el de igualdad, pues este último garantiza que no exista discriminación hacia las personas, respecto a que, por algún motivo, unos sean encausados y otros no, pues, por la obligatoriedad de persecución, todos sin distinción deben ser investigados ante la comisión de un delito que los involucre en su participación, sin consideración alguna de utilidad o conveniencia. (p. 193)

Esto significa una garantía de los ciudadanos frente al Estado, al instituir en el ordenamiento jurídico un actor penal oficial, el ministerio público, el cual impide que los ciudadanos puedan encargarse directamente de la acusación, lo que está determinado por la inexistencia de derechos subjetivos en el escenario penal que, a su vez, imposibilitan que el fiscal pueda hacer uso de ese derecho de manera discrecional.

Al respecto, el propio autor (2002) precisa que:

En el ámbito penal no se reconocen derechos subjetivos a favor de las víctimas, por lo que no se constituye una relación jurídica similar a la que se produce en el plano privado. En el campo penal la relación se da entre el Estado y el imputado, en virtud del cual el primero es titular del *ius puniendi*; y el segundo, del *ius libertatis*. (p. 147)

[...]

El principio de legalidad cubre todo el proceso investigativo y el proceso penal en su conjunto; unido a él, operan otros principios subsidiarios, principalmente en la fase investigativa, que condicionan el hacer de las autoridades que realizan la investigación, como es el principio de objetividad, sustanciado en la obligación que tienen los investigadores de buscar y plasmar, tanto los elementos que aporten para demostrar la culpabilidad del imputado, como aquellos que le favorecen. (p. 200)

Sobre el principio de objetividad, se han pronunciado Roxin (2006, pp. 53 y 330), Ore (2011, pp. 302-303), Neyra (2010, pp. 229-235), Cerda (2011, p. 210), Gimeno (1993, p. 156) y Goite (2002, pp. 186-187), quienes coinciden en que está referido a la obligación del ministerio público, durante la investigación y la realización de todo el proceso, de buscar los elementos de prueba que sirvan a la persecución y a la defensa del investigado; solo así se cumple con el principio macro, la legalidad, como se contempla en el Artículo 13 B de las directrices y recomendaciones de las Naciones Unidas, dictadas en el 8.º Congreso sobre prevención del delito y tratamiento al delincuente (8-CPDTD), realizado en La Habana en 1990.

El principio de legalidad tiene reconocimiento internacional, mediante su amparo en los artículos 14 y 15 del PIDCP, el 9 de la CADH, y los preceptos 6 y 23 c) del Protocolo segundo de 1977 (adición a los Convenios de Ginebra), entre otros.

Inconveniente resulta, tal como denuncia Llobet (2009, p. 110), que bajo el imperio de este principio, hasta hoy, no se conoce ningún Estado que haya podido combatir, perseguir y sancionar todos los delitos que se producen en la sociedad, ni lograr que todas las sanciones cumplan los fines que se perseguían con su imposición.

En sentido general, se puede resumir que el principio de legalidad es uno de los pilares básicos del proceso penal, que constituye una garantía constitucional, estrechamente vinculada a la igualdad y la seguridad jurídica, al constituir un límite al *iuris puniendi* del Estado. En él, se fundamenta la obligatoriedad del ministerio público de actuar con irrestricto apego a la ley, en la persecución penal y, con ello, en la promoción y ejercicio de la acción penal (Gatgens y Rodríguez, 2000, p. 34).

Como garantía constitucional encuentra sustento en la definición que hace De Pina (1989), al conceptualizar las garantías constitucionales

como las instituciones y procedimientos mediante los cuales la constitución política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados; y agrega que, cuando se habla de garantías, sin más especificaciones, se entiende hecha la referencia a las garantías constitucionales (p. 282). A ello también se refieren Arranz (1991, p. 7), y Prieto y Pérez (1999, s.p).

En tanto, su indisoluble relación con la seguridad jurídica viene dada por su carácter global, como se aprecia de lo expuesto por Goite (2002) al referirse al principio de legalidad:

Pudiéramos denominar como garantía macro, principio universalmente reconocido que se entiende como la certeza práctica del derecho y representa la seguridad de que se conoce o puede conocerse lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder del Estado respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno, lo cual permite que se consagren otras garantías. (p. 201)

III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La dinámica del acontecer social impuso a los países del continente europeo, con régimen penal mixto, un cuestionamiento sobre la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal; ello los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que, por razones de conveniencia o de utilidad social, no debían tener solución en la sanción penal; a raíz de este argumento procesal, por razones de beneficio social, nació, a la vida del Derecho procesal europeo, la figura del principio de oportunidad, que tiene su génesis en la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, característico del sistema acusatorio del *Common Law*.

En la historia del proceso penal alemán, con más de cien años aplicando el principio de oportunidad, se encuentra el cimiento para su estudio (Armenta, 1991, p. 51). Dividido en tres grandes momentos: años previos a la I Guerra Mundial (1900-1914), el período de entreguerras (1918-1939) y el posterior a la II Guerra Mundial, cuyas características se mantienen hasta la actualidad, con algunas modificaciones de escasa entidad (Molina, 2010, p. 78).

Al decir de Armenta (1991, p. 51), fue mediante el Artículo 153 de la *Ley Emminger*, de 4 de enero de 1924, que nació, para el continente europeo, lo que hoy se conoce como principio de oportunidad, en virtud del cual el ministerio público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

No obstante, si se busca la génesis legislativa histórica, se constata que todos los sistemas procesales trataron, de una manera u otra, de encontrar formas abreviadas y efectivas en la solución de los conflictos legales, y fuera de él. Por ejemplo, el Código de Hammurabi, recogió diferentes figuras jurídicas que persiguen ese objetivo, como la indemnización, la reparación del daño, la conciliación y otros diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos (párrafos 4, 49, 50, 51, 137, 159, 198, 206 y 207). En orden cronológico, se encuentran otros textos muy simples, pero con expresiones imperativas de gran rudeza: la Ley del Talión y la pena de muerte para el ladrón de mieses, redactadas entre 451 y 449 a. C., las cuales no fueron derogadas hasta Justiniano, a pesar de su desuso, pero que sientan las bases para la clasificación de los delitos a partir de su impacto social. Lo mismo ocurre con la Ley de las Doce Tablas, cuando el *fas* (lo lícito) y el *ius* (lo justo) se disocian, y el Derecho comienza un proceso de secularización, procurando buscar formas alternativas para la solución del conflicto. En general, se puede afirmar que la evolución del Derecho procesal penal siempre ha revelado figuras que, de una manera u otra, persiguen los mismos fines atribuidos al principio de oportunidad, fundamentadas en una política criminal clara y precisa, independiente de su contenido abstracto de justicia, pues es construida para cada momento histórico y político concretamente determinado. (Sanmartín, 1999, p. 218; Vásquez y Mujica, 2010, pp. 11-15).

Culminada la II Guerra Mundial, se produjeron significativos cambios en todos los órdenes de la vida económica, política y social de la humanidad, los que tuvieron su impacto en el Derecho en general y, en especial, en el Derecho procesal penal. En Europa continental, se impuso la necesidad de efectuar un cambio definitivo en las formas de juzgar de entonces, que influyó de forma categórica en la concepción que se tenía acerca del principio de legalidad en el proceso penal.

El surgimiento y suscripción, por los Estados, de importantes instrumentos internacionales en busca de la protección de los derechos

humanos: como la DUDH (10 de enero de 1948); la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948); el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (1950); el PIDCP (19 de diciembre de 1966); y la CADH (22 de noviembre de 1969), evidenció, también, la necesidad de un proceso penal, más humano e individualizado.

Todo lo anterior, unido a la crisis del Derecho penal, y en específico de la punición —porque los fines de la pena no se cumplen—, lo infructuoso de los sistemas penitenciarios, el incremento del delito, en general (y del crimen no convencional, en particular), el colapso de las estructuras judiciales, la lentitud de los procesos, la corrupción de los sistemas de justicia, entre otros, conllevó al movimiento reformador europeo, iniciado por Alemania en 1974, que tomó como base para sus cambios las instituciones sindicadas en el sistema adversarial del *Common Law* de los Estados Unidos, como ha sucedido en diversas esferas. Respecto a este fenómeno, Langer (Maier y Bovino, 2001) señala que «la tradición jurídica continental europea y latinoamericana a lo largo de un período de más de cien años han importado del derecho anglosajón varias instituciones jurídicas» (p. 97).

El estudio de este principio en la doctrina penal no ha sido de fácil comprensión, dado el arraigo que en la cultura jurídica ha tenido, durante tantos años, el principio de legalidad. Lo han definido autores del talante de Gimeno (1991, p. 34), Tijerino (2007, p. 91), Maier (1978, p. 555), Cafferata (1996, p. 32), Roxin (2006, p. 89), González (1993, p. 67) y Bínider (1999, p. 211), entre otros. Todos, en sus definiciones, coinciden en que es una facultad o posibilidad otorgada por el Estado —en tal sentido, los términos *facultad*, y *posibilidad* están reconocidos como un elemento esencial del principio—; y que se puede ejercer la acción penal o no, al derivarse del poder discrecional del órgano encargado de establecer tal ejercicio, a diferencia de la obligatoriedad rígida del principio de legalidad. Tijerino (2007, pp. 91-93) y Roxin (2006, pp. 89-95) precisan que ese órgano es el ministerio público o fiscalía, indistintamente, según se le denomine en la legislación interna de cada país.

Otro elemento común, en las definiciones de los referidos autores, es que la aplicación del mencionado principio ocurre cuando se dan los requisitos y las condiciones previstos en la ley, es decir, el carácter reglado de este; subyace, también, que, al tratarse de la persecución, su ámbito de actuación es al inicio de la investigación y que, al referirse a

la acción, ocurre dentro del proceso penal. Maier (1978, pp. 555-564) y Sánchez (2005, p. 2) llegan a precisar que dicha actuación está condicionada por motivos de utilidad social, justicia material y razones político-criminales.

Mención especial merecen las consideraciones de Bacigalupo (1987, p. 4), con una posición amplia en la definición de este principio, entendiéndolo no tan solo como la renuncia del fiscal, sino también como el tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo. Esta posición abre los límites del proceso, ampliándolo a otros instrumentos de índole penal, o no, de solución de conflicto. Es decir, toda solución alternativa al conflicto penal, o que toda excepción al principio de legalidad sea una manifestación de oportunidad. Tan amplia concepción desnaturaliza el sujeto específico del principio de oportunidad que —como se ha definido— es el fiscal, y diluye su decisión en distintas instituciones jurídicas y fuera del proceso.

Las definiciones anteriores permiten establecer los elementos que conforman el alcance y contenido de este principio, consistentes en que: el titular de la acción penal puede prescindir de ella, bajo comprobadas condiciones; se otorga habiéndose confirmado un hecho punible contra un autor determinado, por motivos de utilidad social, justicia material y razones político-criminales; su núcleo fundamental radica, básicamente, en modificar el concepto de los fines de la pena; con su aplicación, no se busca la impunidad, por el contrario, lo que se pretende es una mayor eficiencia en el sistema legal; necesaria proporción entre conflicto y solución; y su aplicación puede ser reglada o no.

Es decir, el principio de oportunidad supone que, según criterios establecidos, aunque el hecho tenga naturaleza penal y el autor sea con probabilidad culpable, no se producirán otras actuaciones que aquellas conducentes a evitar o cesar el ejercicio de la acción penal, aplicando alternativas distintas a la sanción y, por tanto, se evitan procedimientos judiciales en supuestos que no merecen verdadera atención, como sucede en los casos de las infracciones llamadas de bagatelas.

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; se le clasifica como propia e impropia, la primera es la que nace sin relevancia penal, porque no hay desvalor en la acción (no existe peligrosidad en la conducta, es decir, idoneidad

ofensiva de relieve), o no existe 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. (Armenta, 1991, pp. 23-24; Gomes, 2006, p. 753 y Benavides, 2016, p. 147).

El principio de oportunidad no es aplicable sin límites, puesto que funciona jurídicamente, como excepción del principio de legalidad, que ocupa un lugar de regla general. El ministerio público, si se apoyara en el principio de oportunidad puro y simple, conduciría a que pudiera determinar por sí qué hechos son perseguibles y cuáles no, con una clara intromisión en funciones que solo corresponden al legislador y, consecuentemente, violaría los principios de prevención general, igualdad ante la ley, legalidad penal y seguridad jurídica.

Conde-Pumpido (1986) refiere que

la oportunidad reglada, como una excepción más al principio de obligatoriedad de la acusación, no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación. (p. 35)

Esta postura es compartida además por Seoanes (2010, p. 97), Mellado (1991, p. 51) y Roser (2005, p. 175), quienes coinciden en que la mejor comprensión se logra mediante el binomio principio de legalidad-principio de oportunidad, pues cualquier concepción que se adopte respecto a este último debe partir inexcusablemente del anterior, ya sea para considerar al primero como excepción, o para entender que aquel se encuentra incluido en este.

Las dos últimas posiciones reconocen virtualidad y legitimidad al principio de oportunidad, con lo que se identifica la autora, pues en ellas está la esencia que ha colocado a este en el rango constitucional que se le ha otorgado y sirven de soporte sustancial al contenido de su naturaleza jurídica. Entonces, la esencia para la toma de postura está en utilizar el método jurídico de la ponderación de intereses, el cual dispone que quien quiera resolver o decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos, adaptándose a cada situación concreta (Robert, 2001, pp. 35-49).

El referido método resulta útil para simplificar complejas situaciones decisorias, como lo son el valorar y escoger entre el interés público en

la investigación o el privado de la víctima o del imputado, enmarcándose la aplicación del principio de oportunidad en premiar la justicia, mediante la interpretación del Derecho basada en la ponderación de intereses (Hassemer, 1990, p. 3), por lo que, en un primer nivel, se podría afirmar que la incorporación de este principio puede responder a esta tendencia sobre la efectividad del Derecho penal.

En lo anterior, se abrazan las posturas a favor de su implementación, especialmente las de Conde-Pumpido, Maier y Binder, pero con la precisión de que no solo resulta necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente establecidos, sino también que existan ciertos mecanismos de control internos y externos y de registro, para el ejercicio de esa facultad por el ministerio público dentro de los límites franqueados en la ley y la Constitución, pues podría ser que la mala actuación de los funcionarios autorizados a su aplicación llegue a violentar derechos y garantías constitucionales, aunque ello también puede ocurrir bajo el imperio del principio de legalidad, en tanto su desatino no está en la esencia de los principios, sino en la conducta antiética que puede asumir el funcionario empoderado para decidir. Relacionado con este tópico, Remigio (2009) señala:

[...] cada acto y decisión judicial, además de su incuestionable fundamento legal, debe caracterizarse por la transparencia, sensatez y ponderación que entrañe. Ninguna decisión absurda e irracional debe ampararse en una justificación legal. En materia de justicia, creemos firmemente que las insuficiencias serán siempre más atribuibles a los jueces que a las leyes. (p. 13)

Existen disposiciones internas del ministerio público encaminadas a unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso y a verificar su correcto empleo, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos, como pueden ser los que ejercen la víctima o el querellante, según el caso, y el juez, quien, con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso, ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva.

Dos son los objetivos que se persiguen con la incorporación del principio de oportunidad, para que este se pueda convertir en auxilio eficaz: 1. La descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal ahí donde otra forma de reacción, frente al comportamiento desviado, puede alcanzar mejores resultados o donde resulte

innecesaria su aplicación; 2. La eficacia del sistema penal en aquellas áreas (o hechos) en las (los) que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos como consecuencia de la afirmación rígida del principio de legalidad.

Las características que identifican el referido principio son: a) Es excepcional, porque funciona jurídicamente como excepción al de legalidad, que es la regla general; b) Es discrecional, en tanto está sujeta a una valoración por parte del fiscal, que no está obligado a solicitarlo aunque existan las condiciones para ello; c) Es referido, en general, al órgano persecutor oficial: la fiscalía es la única institución facultada para solicitar su aplicación; y d) Es taxativamente reglado, lo cual significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal.

La doctrina, y especialmente Maier (1978), Guariglia (s.f.) y Barrien (s.f.), reconocen un conjunto de factores que favorecen la utilización de la oportunidad. Ellos son:

a) La descriminalización de hechos punibles, al evitar la aplicación del ejercicio de la acción penal, donde las salidas alternas dan mejores resultados o donde no sea necesaria su aplicación.

b) El principio de oportunidad es una herramienta eficiente del principio de igualdad porque corrige el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.

c) Permite la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o hechos en los que resulta indispensable su actuación como métodos de control social, y procura el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos.

d) En todo caso, carece de sentido esperar hasta las últimas consecuencias del proceso como es la sentencia, para otorgar un beneficio cuyo futuro otorgamiento resulte evidente en la etapa de instrucción.

e) La aplicación de este principio permite investigar casos de mayor trascendencia, como los vinculados al crimen organizado, dedicando mayor atención a su investigación y procesamiento.

f) Es útil para lograr que desaparezca la imposición de la pena como un método tradicional para solucionar los conflictos sociales.

En el ámbito criminológico, a criterio de Barata (1986, p. 624) y Romero (1987, p. 140), pudieran señalarse muchas más, por su contribución al control social, a la prevención especial y general del delito, al resarcimiento rápido y oportuno que recibe la víctima, al alejarse del infierno de las prisiones y tributar otros entes sociales en la solución al conflicto social. Su aplicación ayudaría mucho a la utilización del Derecho penal como la última alternativa a la solución del conflicto y abre el cauce para un abanico de alternativas, que posibiliten la paz social, como consideran Barata (1987, p. 624), Carranza (1992, p. 12) y Reyes (1994, pp. 187-184).

Desde la opinión divergente se destacan como desventajas: a) La aplicación del principio de oportunidad, en los casos que son poco reprochables socialmente, carece de relevancia porque son estos los que en mayor medida afectan a la sociedad; b) No se tiene en cuenta el interés de la víctima cuando su pronta reparación se considera como una finalidad del citado principio; c) Ignora el interés de la sociedad frente a la necesidad de una mayor seguridad jurídica; d) Entra en conflicto con el principio de la tripartición de poderes, pues entrega, a las autoridades de la investigación, la decisión relativa a la no persecución de hechos punibles.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar esos criterios en algunos instrumentos legales. Así, en las *Reglas de Mallorca* (Yañez, s.f.), específicamente en la A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: «Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento [...]» (s.p.); lo cual también se recomendó en el punto 17 del 8-CPDTD.

En el Derecho internacional, el Artículo 53, apartado uno, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en 1998 (Corte Penal Internacional, 2003), consagra este principio, al disponer que «cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra podrá pedir a la Corte que decida a su favor», lo que puede ser aplicado al inicio de la investigación o en la etapa de juzgamiento. No existen criterios de oportunidad reglados, sino que el fiscal debe sujetarse a fundamentos razonables y al interés de la justicia. Esta renuncia a la acción penal tiene un control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.

De lo expuesto con anterioridad, se concluye que cualquier análisis que se realice sobre el principio de oportunidad debe partir obligatoriamente del de legalidad, como garantía constitucional y directriz del proceso penal, respecto al cual hay que valorar ventajas y desventajas en la solución del conflicto penal objeto de análisis y, de ello, dependerá la sumisión a uno u otro, sin contradecir la esencia de ninguno y ponderando siempre qué resolvería mejor el conflicto entre partes y su impacto social, y ello en mucho dependerá de la filiación que se tenga respecto a cómo pueden convivir ambos principios en el proceso penal, desde un resguardo constitucional.

Entendido el principio de oportunidad como la facultad discrecional que tiene el ministerio público de ejercer la acción penal, o no, se distinguen dos clasificaciones fundamentales en el diseño procesal asumido por la mayoría de los países estudiados, en dependencia de si la discrecionalidad es total u opera bajo determinados supuestos: el sistema de oportunidad libre y el de oportunidad reglada (Borja, 2001, p. 276). Para Gómez (2013, p. 35), también, existe una tercera, denominada oportunidad facultativa, que nace del propio ordenamiento jurídico que especifica las condiciones de su aplicación, las cuales son de carácter general. Asimismo, existen otras que no atañen tanto a la prevalencia de un principio sobre otro, ni a las consecuentes atribuciones del acusador, sino más bien a la existencia de condiciones para enervar la acción penal, o no; por ejemplo, Gimeno (1991, p. 59) distingue entre principio de oportunidad pura y bajo condiciones.

3.1. SISTEMA DE OPORTUNIDAD LIBRE

El sistema judicial de los Estados Unidos representa el uso más paradigmático del principio de oportunidad, denominado en inglés *prosecutorial discretion*, en el que 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. Estos no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación; abarcan otros aspectos, como la potestad del fiscal de plantear una reducción de cargos o inferir inmunidad, en compensación por haber colaborado con 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 de 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 (Fernández, 1990, p. 34; Barona, 1994, p. 54). Aproximadamente el 90% de los asuntos criminales en los Estados Unidos se resuelven mediante esta modalidad (Benavides, s.f., s.p.).

Según Goldstein (1988, p. 14) el *plea bargaining* 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 de parte del acusado. Este se confiesa culpable, por un delito o más, 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 (Barona, 1994, pp. 27-53).

En Inglaterra, el sistema es conocido como probation. Permite al tribunal prescindir de la persecución penal, sometiendo al probable infractor, con su anuencia, a un período de prueba, bajo vigilancia de un asistente social y sujeto a ciertas reglas (Maier, 1978, p. 191).

Por otra parte, la amplia discrecionalidad de los fiscales estadounidenses 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 imparcialidad, equidad y responsabilidad, sobre los cuales descansa el sistema de justicia en EE.UU.

3.2. 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 los presupuestos que permiten su aplicación, dejándose entrever así la inexistencia de excepciones a la legalidad.

El empleo del adjetivo *reglada* ha sido criticado, al argumentarse que la expresión es contradictoria, en tanto que ese término, de origen y formulación administrativista, ha servido para indicar elementos de una potestad, cuando la discrecionalidad no puede reglarse, porque implica, precisamente, dejar determinados aspectos a la libre discreción de la Administración (Armenta, 1991, p. 211).

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.

Arias (2015) plantea 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. (pp. 17-18)

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 el archivo del caso. Un ejemplo de ello lo constituyen 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, devenido un método de transacción, 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. Por ejemplo, en algunos casos, el principio de oportunidad se basa en consideraciones relativas al hecho: mínima lesividad, antigüedad, poca relevancia, entre otras. También se basa en consideraciones relacionadas con el autor: edad (juvenil, senil), conveniencia de aplicar una medida de rehabilitación o tratamiento. Por último, igualmente, obedece a consideraciones en torno a la relación entre el autor y el hecho, o entre el autor y su víctima, o el interés del Estado. Es la forma más utilizada y la que la autora defiende para su país. Su

implementación se hace mediante la aplicación de los criterios de oportunidad, que se desarrollan en el próximo epígrafe.

Según el Artículo 152 de la Ordenanza procesal penal alemana, la fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles (principio de legalidad), hasta tanto esté determinado legalmente lo contrario. Conforme a ello, se interpreta que el principio de oportunidad se consagra como una excepción al de legalidad. De conformidad con las disposiciones contenidas en aquella disposición, el primero se aplica en los casos de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, y se prescinde de la persecución, si la culpabilidad del autor fuera ínfima y no existiera interés público en aquella. Será decisivo, por consiguiente, si se trata de un autor primario, o si ha sido penado con anterioridad, o si el daño es leve. Como regla general, es necesaria una aprobación del tribunal para el archivo del proceso por causa de insignificancia.

El Artículo 31 del Código francés de procedimientos penales señala que el ministerio público ejerce la acción pública y requiere la aplicación de la ley, lo que se corresponde con el imperio del principio de legalidad. Sin embargo, de las disposiciones contenidas en el Artículo 40, apartados 1 y 2, se verifica la posibilidad de aplicar el de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, al posibilitar salidas alternas al procedimiento o medidas de composición (*plea bargaining*). En efecto, el procurador general recibe las quejas y las denuncias, y determina el trámite que hay que darles, a partir de que considere que los hechos llevados a su conocimiento constituyen una infracción cometida por una persona cuya identidad y domicilio son conocidos y respecto de la cual no hay obstáculo legal para la puesta en marcha de la acción pública, o no.

En los países de Latinoamérica, también 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.

IV. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIO 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 se señala el carácter en que deberán ser entendidos en el desarrollo de la presente investigación.

La denominación *principio de oportunidad* debe reservarse a la actuación libre del ministerio público, como posibilidad de desistir, en el ejercicio de la acción penal (Vásquez, 2010, p. 362), según se explica en el primer capítulo, 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*.

Los criterios de oportunidad son las remisiones expresas del principio de oportunidad a la legislación procesal penal. Este último deviene la idea fundamental, que coadyuva para que, en la norma procesal, se genere una previsión concreta que, en este caso, es el criterio de oportunidad, el cual debe su conceptualización a que, particularmente, el término *criterio* da la idea de juicio, razonamiento, lo que sugiere que dicha figura es un mecanismo por el que se faculta, de modo reglamentario, al ministerio público a seleccionar los hechos que han de llegar a conocimiento del sistema judicial y los que no lo serán (Vásquez, 2010, p. 53).

Un criterio de oportunidad se refiere a aquellas circunstancias prácticas o de política criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal solicitarle al juzgador, prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los supuestos establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo. La fiscalía decide no ejercer la acción penal, aunque ya determinó que sí existe un delito y, además, que existe la probable responsabilidad de un individuo, y aun así no presenta el caso ante la autoridad judicial (Chiara, Grisetti y Obligado, 2012, p. 231).

Es un análisis intelectual que hace el fiscal de todos los presupuestos con que cuenta, después de la noticia criminal, que le permiten razonar, discernir y formular un juicio de valor para distinguir en la norma procesal los supuestos inspirados en el principio de oportunidad, que le permiten prescindir de la persecución del delito. El principio de oportunidad es utilizado cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma (criterios), a no hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento.

Otra forma de distinguir estos conceptos de manera ejemplificativa, sobre la línea de pensamiento que se trae —los principios son nor-

mas rectoras que se traducen en fundamentos—, puede perfectamente ser desde las salidas alternas dentro del proceso penal, mecanismos creados por el legislador para dar una respuesta adecuada a ciertas situaciones de transgresión a las normas legales que resulten más convenientes para los imputados y las víctimas, en los cuales el carácter retributivo de la pena es desplazado por criterios inspirados en el principio analizado.

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

V. 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, inciden en la acción penal pública conllevando a su: extinción (deriva en un auto de sobreseimiento definitivo que pone fin al proceso); suspensión (se corresponderá con un auto de sobreseimiento provisional, hasta tanto se cumplan las condiciones impuestas por el juez); o conversión 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 ejercer la acción, aunque no se haya ejercido la particular.

5.1. 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 del hecho delictivo, aceptada por el juez. Esto significa que es de naturaleza personal. Sin embargo, cuando la decisión se funda en la insignificancia del evento, exigua contribución del interviniente o mínima culpabilidad, el efecto extintivo se amplía a todos los que han participado en el hecho. La acción penal se extinguirá por el empleo de un criterio de oportunidad, pero no la civil; esta hubiera podido constituir, a través del resarcimiento, un requisito previo para su aplicación o para poderse reclamar por la vía civil. La extinción de la acción penal tiene efectos de cosa juzgada.

5.2. 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, y no tiende 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 órgano acusador y el imputado. Se refiere a que dicha extinción quede sujeta a la colaboración o la eficacia de la información prestada por el procesado. Además, si la fiscalía no está satisfecha con la contribución otorgada por el justiciado, podrá solicitar la reanudación del trámite de la investigación.

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

5.3. CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA EN PRIVADA

Esta es una figura procesal novedosa porque se reconoce la participación de la víctima en el proceso penal, distinta de la intervención clásica. Para que esta pueda darse deben tomarse en cuenta ciertos parámetros:

- a) Que se haya dado la extinción de la acción penal pública.
- b) Que la víctima se constituya como parte o se haga representar.
- 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 la 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 fuerza de cosa juzgada y no

se puede volver sobre los hechos y las personas; y en el condicionado, una vez cumplida la condición o el término, se producen las mismas consecuencias legales. Ello es contrario a lo que ocurría en Cuba, cuando se aplicaba el Artículo 8.3 del derogado CP (Rivero y Bertot, 2009, p. 9), al reinar una total inseguridad del comisor respecto a su futuro, en relación con el hecho cometido, pues el archivo no alcanzaba los efectos de cosa juzgada.

VI. PANORAMA CUBANO CON LA LEY DEL PROCESO PENAL

Los resultados de la investigación empírica realizada por la autora (Rodríguez, 2022), que comprendió el período 2010-2014, las técnicas y métodos empleados desde una visión holística, ratifican que la pretensión de aportar elementos para la introducción de una institución como la oportunidad en el proceso penal cubano no solo era necesaria desde el punto de vista jurídico, en pos de una justicia garantista, preventiva, conciliadora, humana, flexible y alternativa con opciones válidas para encarar los disímiles conflictos que una sociedad debe afrontar en su cotidiano andar, sino también, de manera particular, significa un aporte al llamado a la búsqueda de soluciones menos costosas en lo económico y de mayor satisfacción en lo social.

La praxis judicial cubana, en el período objeto de la investigación, muestra elementos suficientes, en cuanto a las conductas delictivas que se juzgan: el 65% de los delitos son menores, con prevalencia de lesiones, amenazas, hurto, portación y tenencia ilegal de armas. Los sujetos comisores, en el 67% eran de buena conducta social, sin antecedentes y colaboraron en el esclarecimiento de los hechos. Como resultado de ello, las sanciones impuestas en el 55% fueron de carácter pecuniario y, de ellas, un 50% estuvo en un rango de 200 cuotas que, automáticamente, generan antecedentes penales; este análisis lleva a afirmar que la respuesta punitiva no ha sido coherente con el tipo de delito y las características de sus autores, los que bien pudieran haber sido beneficiados con otras soluciones menos criminalizantes. Estas tendencias se mantuvieron en los años 2015 y 2016.

En cuanto a los criterios de los operadores jurídicos, se demostró que consideran que la oportunidad es un mecanismo válido y que sería de utilidad en el proceso penal cubano, fundamentándolo en el 100%, con

una mayor efectividad de la impartición de justicia, con más calidad y disminución de sus costos económicos; el 99,8% lo identifica con la agilidad en el resarcimiento a las víctimas y la mejor adecuación de las soluciones al conflicto penal creado por el delito; el 99,7%, con más agilidad en la impartición de la justicia; 98,7% lo asocia a una superior concentración de los recursos humanos y financieros hacia el procesamiento del delito más grave; y el 77%, con la humanización de las sanciones.

El análisis económico, como última de las invariantes, demostró la utilidad del principio de oportunidad para Cuba al arrojar que, descongestionando los TMP (en el 67% por las características de los hechos y sus comisores que hoy se juzgan) podrían en un quinquenio ahorrarse 112 millones 104 342 pesos, que representarían, según los gastos corrientes del TSP, lo necesario para dos años de trabajo, o se podrían invertir en el proceso ordinario de los TPP, donde se juzgan los delitos más graves y que cuestan en un quinquenio 58 millones 999 512 pesos.

Con la entrada en vigor de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], aparece por vez primera en Cuba una oportunidad de tipo reglada como monopolio único del fiscal. Con anterioridad existían mecanismos de simplificación como el Artículo 8.3 del derogado CP (Rivero y Bertot, 2009, p. 9), pero no se extinguía la acción penal, principal efecto que tiene el principio de oportunidad, acción de cosa juzgada, en defensa del de seguridad jurídica.

La nueva CRC [GOR-E (5), 2019] fortalece el papel del fiscal como ejecutante de la acción penal y establece en su Artículo 156:

La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado que tiene como misión fundamental ejercer el control de la investigación penal y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, así como velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por los órganos del Estado, las entidades y por los ciudadanos.

La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades. (p. 102)

En correspondencia con ello el Artículo 120 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4116] refiere que «el fiscal realiza el control de la investigación penal, ejercita la acción penal pública en representación del Estado y vela por el estricto cumplimiento de la Constitución de la República, las

leyes y demás disposiciones normativas», mientras que el Artículo 435 particulariza que la acción penal se ejercita ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acusación contra el imputado por los hechos delictivos que se le atribuyan (p. 4175).

La acción penal respecto a los delitos de persecución pública se ejerce por el fiscal; puede también, por excepción, ejecutarse por la V-P, si está inconforme con la solicitud de sobreseimiento definitivo que el tribunal ha considerado injustificada y el fiscal insiste, o cuando este retira la acusación, de conformidad con lo previsto en los artículos 141 h) y 436 de la citada norma procesal (pp. 4123 y 4175), mientras en el 122.1 se dice que,

durante la investigación de los hechos presuntamente delictivos, la tramitación de la fase preparatoria o en el proceso de establecimiento de medidas de seguridad terapéuticas, el fiscal tiene las facultades que esta Ley confiere a la Policía y al instructor penal y, además, puede:

[...]

p) aplicar los criterios de oportunidad establecidos en esta Ley. (p. 4117)

En correspondencia con lo establecido en el Artículo 126:

La Policía, a los fines de la investigación de los hechos presuntamente delictivos de los que tenga conocimiento y de los procesos para la imposición de medidas terapéuticas, tiene las facultades siguientes:

[...]

n) aplicar la multa administrativa en los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad y proponer al fiscal su aplicación en los delitos con sanciones desde uno hasta tres años de privación de libertad;

ñ) proponer al fiscal la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en el Artículo 17 de la presente Ley. (p. 4119)

En el Artículo 16 se define el principio de legalidad y a continuación, por vez primera en la legislación cubana, el de oportunidad. Dice así:

Artículo 16.1. La persecución a los delitos es pública y obligatoria; al fiscal le corresponde el ejercicio de la acción penal pública

en representación del Estado, excepto en los ilícitos perseguibles a instancia de parte y en aquellos cuya persecución esté condicionada a los requisitos que establece esta Ley.

2. El fiscal, mediante resolución fundada, en cualquier momento de las fases preparatoria e intermedia, puede prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal y abstenerse de ejercitar la acción penal y, para ello, puede disponer el archivo de la denuncia, el sobreseimiento provisional y la aplicación de los criterios de oportunidad. (p. 4097)

En el Artículo 17.1, prevé el legislador:

Los criterios de oportunidad se aplican cuando se trate de un delito cometido por imprudencia o en los casos de delito intencional cuyo marco sancionador no exceda de cinco años de privación de libertad; siempre que no se trate de un acto de corrupción cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo; la resolución en la que se disponga la aplicación de un criterio de oportunidad tiene efecto extintivo de la acción penal pública e impide su presentación posterior al tribunal. (p. 4097)

La prohibición respecto al funcionario público se supeditó únicamente a los actos de corrupción, lo que, a juicio de la autora, no es correcto por existir otros delitos funcionariales en los que también debió prohibirse —en el actual CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] hay más de 50 figuras con tales características.

No se define qué medidas se adoptarán respecto a las personas a quienes se les aplique el principio de oportunidad, pues, aunque en el apartado dos se establece que en tal caso se podrá imponer, además, el tratamiento administrativo penal previsto en la ley, se omiten —con riesgo de impunidad— otras precauciones, que pudieran ser las mismas contempladas para el sobreseimiento condicionado.

En el Artículo 17.3 de la LPRP [GOR-O (140), 2021], incorrectamente se regula:

En la aplicación de los criterios de oportunidad se tiene en cuenta:

a) La escasa lesividad social del hecho, tanto por las consecuencias del delito como por las condiciones personales del interviniente;

- b) si, a consecuencia del hecho, el imputado ha sufrido daño físico o psicológico grave que así lo aconseje;
- c) en el caso de los delitos patrimoniales, que no hayan sido cometidos con violencia o intimidación. (p. 4098)

En realidad, estos tres apartados constituyen criterios de oportunidad y no elementos a tener en cuenta como refiere el precepto, pero, además, el concepto de lesividad no debió ser utilizado para sustituir al de insignificancia, generalmente empleado a tal fin y que se considera en el sentido de que resultarán insignificantes aquellos hechos que, por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad, desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el *ius puniendi*.

Mientras que el delito grave sería el que se sancione con más de cinco años, teniendo en cuenta que es el límite hasta el que la legislación cubana autoriza las sanciones subsidiarias a las penas privativas de libertad —también previsto en la Convención contra la delincuencia organizada transnacional.

Otro criterio de oportunidad es el recogido en el apartado cuatro del citado Artículo 17, al imputado que colabore con la investigación, siempre que la sanción que corresponda al hecho punible en que incurra sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita, y: «a) Brinde información esencial para evitar que continúe cometiéndose el delito o que se perpetren otros; b) ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos; o c) proporcione información útil para probar la participación de otros imputados» (p. 4098).

Este criterio de oportunidad, también, se aplica en la técnica especial de investigación del colaborador eficaz, prevista en el Artículo 328.1, en relación con el 337.1 y 2 de la citada norma adjetiva [GOR-O (140), 2021, pp. 4155, 4156].

Para un tratamiento diferenciado a los comisores entre 16 y 18 años, el Artículo 17.5 del instrumento legal mencionado incorporó los criterios de oportunidad, en cualquier tipo de delitos, sin sujeción a la extensión de la sanción, excepto cuando:

- a) Se trate de hechos con una elevada lesividad social;
- b) el delito se cometa contra la seguridad del Estado o constituya actos de terrorismo;

c) para la ejecución del delito, el comisor utilice medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto a los derechos de los demás;

d) resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos. (p. 4098)

En el criterio de la autora, la mejor manera de establecer los beneficios que este grupo etario necesita no es ampliando a tales márgenes un principio como el de oportunidad, de carácter excepcional, porque el mismo se desnaturaliza; lo correcto hubiera sido establecer un procedimiento especial de menores.

En el Artículo 18.1 se prevé:

El fiscal, para prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal y abstenerse de ejercitar la acción penal, debe tener presentes los presupuestos siguientes, según el caso:

a) Que el imputado muestre conformidad;

b) escuchar el parecer de la víctima o el perjudicado;

c) que el imputado haya resarcido el daño o perjuicio ocasionado a la víctima o el perjudicado, o que estos últimos acuerden la forma y momento del resarcimiento o desistan de él. (p. 4098)

En el apartado dos se contempla la posibilidad de que, «si la víctima o el perjudicado no consiente la decisión del fiscal, puede ejercitar la acción penal ante el tribunal, representada por un defensor, en el plazo de diez días» (p. 4098).

El apartado tres establece:

La conciliación o el acuerdo a que se refiere el apartado 1 de este artículo puede gestionarse por la autoridad actuante, con la participación voluntaria del imputado, la víctima o el perjudicado y los defensores designados, en su caso, mediante un proceso de diálogo y comunicación, con el propósito de conseguir el resarcimiento y la solución del conflicto desde una perspectiva justa para los intereses de las partes. (p. 4098)

Asimismo, en el Artículo 163.1 (p. 4127) de la LPRP se regulan los supuestos en los que el fiscal, en el plazo de un año y mediante resolución fundada, puede dejar sin efecto el archivo de una denuncia e iniciar el expediente de fase preparatoria, o continuar con las actuaciones para dar

cuenta al tribunal, regulando como excepción el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad previstos en el Artículo 17 de dicha ley.

En el 415 (p. 4171) se estableció que el sobreseimiento de las actuaciones puede ser condicionado, provisional o definitivo, y se dispone de forma total o parcial; a la vez que el 419.1 (p. 4172) previó que el sobreseimiento condicionado propuesto por el fiscal supone la existencia de un período de prueba durante el cual el imputado queda sujeto al cumplimiento de determinadas medidas que justifiquen que el fin de la punición puede ser alcanzado sin el ejercicio de la acción penal, acotándose en el apartado dos que ello es aplicable a los delitos cometidos por imprudencia y a los intencionales sancionables hasta cinco años de privación de libertad, cuando las características de los hechos y su autor lo aconsejen. Este apartado reproduce el Artículo 17 analizado.

El 420.1 señala:

El período de prueba discurre entre uno y dos años, y pueden disponerse las restricciones y medidas siguientes:

a) La prohibición de ocupar cargos de dirección o de ejercer determinada profesión u oficio;

b) no cambiar de domicilio, de residencia o lugar de trabajo, ni trasladarse de municipio o provincia sin autorización del juez de ejecución;

c) prohibición de salida del país sin autorización del tribunal;

d) prohibición de frecuentar determinados lugares;

e) someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza, en los casos que se requiera, especialmente si se trata de violencia de género o familiar;

f) prohibición de acercamiento o contacto con la víctima, perjudicado o familiares allegados;

g) suspensión de licencia de conducción o de permiso de aprendizaje, o prohibición de adquisición de cualquiera de ellos, en caso de haber incurrido en delito cometido en ocasión de conducir vehículo por la vía pública;

h) cualquier otra que por la naturaleza del delito sea aconsejable para evitar la perpetuación de sus efectos o el daño a la víctima o al perjudicado. (p. 4172)

El período de prueba puede declararse concluido por el tribunal, oído el parecer del fiscal, cuando se haya cumplido al menos la mitad del tiempo, si la conducta mantenida por el imputado y otras circunstancias concurrentes demuestran la conveniencia de adoptar esa decisión; y en los casos de delito que evidencien violencia de género o familiar, previamente se escucha el parecer de la V-P —Artículo 421, p. 4172, LPP [GOR-O (140), 2021].

Conforme al Artículo 422 (p. 4172): «Cumplido satisfactoriamente el período de prueba, el tribunal dicta auto acreditando el cumplimiento de las medidas, y dispone el archivo de las actuaciones por extinción de la responsabilidad penal».

No se limitó la aplicación de este beneficio a las personas por una sola vez como ocurre en el Derecho comparado ni se consignó el recurso que podría establecerse contra el sobreseimiento condicionado.

VII. CONCLUSIONES

La LPRP [GOR-O (140), 2021] introduce por vez primera el principio de oportunidad procesal en su Artículo 16.2 (p. 4097).

El principio de oportunidad se puede aplicar a delitos imprudentes e intencionales cuando el marco sancionador no exceda de cinco años y no sean actos de corrupción.

Se instituye como sujeto responsabilizado de su aplicación al fiscal.

Es una oportunidad de tipo reglada.

Los criterios de oportunidad se regulan en el Artículo 17 (p. 4097), y están referidos a la escasa lesividad social del hecho, tanto por las consecuencias del delito como por las condiciones personales del interviniente; a los casos en que a consecuencia del hecho, el imputado ha sufrido daño físico o psicológico grave que así lo aconseje (*pena natural*); a los delitos patrimoniales, que no hayan sido cometidos con violencia o intimidación; cuando el imputado colabore con la investigación, siempre que la sanción que corresponda al hecho punible en que incurra sea menor que la de aquellos cuya persecución facilita, y brinde información esencial para evitar que continúe cometiéndose el delito o que se perpetren otros; ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos; o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados.

Este criterio de oportunidad, también, se aplica en la técnica especial de investigación del colaborador eficaz, prevista en el Artículo 328.1 (p. 4155), en relación con el Artículo 337.1 y 2 (p. 4156). Procede igualmente en favor de personas menores de 18 años de edad, en cualquier tipo de delitos, sin sujeción a la extensión de la sanción, excepto cuando se trate de hechos con una elevada lesividad social; el delito se cometa contra la seguridad del Estado o constituya actos de terrorismo; para la ejecución del delito, el comisor utilice medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto a los derechos de los demás; o resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos.

Para su aplicación, el imputado debe mostrar conformidad; se tiene que escuchar el parecer de la V-P; y el imputado tiene que haber resarcido el daño o perjuicio ocasionado a esta(e), o que ellos acuerden la forma y el momento del resarcimiento o desistan de él.

Su aplicación tiene como efecto la suspensión o extinción de la acción penal.

El tribunal no está facultado, en ningún tipo de procedimiento, para aplicar criterios de oportunidad, porque estos son privativos del fiscal; haciendo uso de su facultad discrecional, este no ejerce la acción penal, de ahí que tampoco pueda hacerlo el órgano judicial. Cosa diferente son los acuerdos reparatorios en cuanto a la responsabilidad civil, la única que se extingue con ellos, una vez aprobados en sede judicial.

En sentido general, ha nacido el principio de oportunidad en el proceso penal, lo que constituye un logro, pero su formulación presenta errores conceptuales, imprecisiones, omisiones y se encuentra muy dispersa en todo el articulado.

El criterio de oportunidad formulado respecto a los menores de 16 a 18 años desnaturaliza el carácter excepcional de esta figura y no resuelve la ausencia de un proceso penal de menores en Cuba.

Estas y otras opiniones deben ser tenidas en cuenta para su reconceptualización en próximas valoraciones que se hagan a la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251].

VIII. REFERENCIAS

- Arias Gayoso, G. (2015). *El control de la discrecionalidad administrativa. Una visión desde Cuba*. Novum.
- Armenta Deu, T. (1991). *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad, Alemania y España*. PPU.
- Arranz Castellero, V. (1991). Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, (4), 7.
- Bacigalupo, E. (1987). *Descriminalización y prevención*. Consejo General del Poder Judicial.
- Barata, A. (1986). *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*. Siglo XXI.
- Barata, A. (Octubre-diciembre, 1987). Principios del Derecho penal mínimo. Para una Teoría y práctica de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal. *Doctrina Penal*, (40), 624.
- Barona Villar, S. (1994). *La conformidad en el proceso penal*. Tirant Lo Blanch.
- Benavides Vanegas, F. S. (2016). *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*. Friedrich-Ebert-Stiftung Ed.
- Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho procesal penal* (2.^a ed.). Ad-hoc.
- Borja Jiménez, E. (2001). *Ensayos de Derecho penal y política criminal*. Jurídica Continental.
- Cafferata Nores, J. I. (1996). El principio de oportunidad en el Derecho argentino: teoría, realidad y perspectivas. *Nueva Doctrina Penal*, (A), 3-24.
- Cafferata Nores, J. I. (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Del Puerto.
- Carranza, E. (1992). Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal. *Ciencias Penales*, 6(4), 19-25.
- Cerda San Martín, R. (2011). *El nuevo proceso penal*. Grijley.
- Chiara Díaz, C. A., Grisetti, R. A. y Obligado, D. H. (2012). *La acción procesal penal. El rol del Ministerio Fiscal y las víctimas en el debido proceso*. La Ley.
- Conde-Pumpido Ferreiro, C. (1986). El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal. *Poder Judicial*, (II).

- Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional. (2003). [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Fernández Entralgo, J. (1990). *Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988. La Reforma del proceso penal*. Tecnos.
- Gatgens Gómez, E. y Rodríguez Campos, A. (2000). *El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal*. Juristexto.
- Gimeno Sendra, V. (1991). *Fundamentos de Derecho procesal penal*. Civitas.
- Gimeno Sendra, V. (s.f.). *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch.
- Goite Pierre, M. y Mendoza Díaz, J. (2002). *Temas para el estudio del Derecho procesal penal* (t. 1). Félix Varela.
- Goldstein, A. (1988). La discrecionalidad de la persecución penal en Estados Unidos. *Lecciones y Ensayos*, (49), 1-14.
- Gomes, L.F. (2006). *Infracciones de bagatela y principio de insignificancia en Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal*. Dykinson.
- Gómez Pérez, A. (2013). Orígenes y definiciones del principio de oportunidad. *Revista Jurídica*, (1).
- González Álvarez, D. (1993). El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, (7).
- Guariglia, F. (s.f.). Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. *Summa Procesal*, J(890), 1735-1743.
- Hassemer, W. (1990). *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*. Bosch.
- Ley No 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular)*. Ediciones ONBC.
- Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

- Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Diciembre 21, 2021). GOR-E (12), 575-715.
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución (actualización para el período 2021-2026).
- Llobet Rodríguez, J. (2009). *Proceso penal comentado* (4.ª ed.). Jurídica Continental.
- Maier, J. (1978). *Derecho procesal argentino* (t. 1). Hammurabi.
- Mellado Ascencio, J. M. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa*. Trivium.
- Mendoza Díaz, J. (2001). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Universidad de La Habana y Universidad Autónoma «Juan Misael Saracho».
- Mendoza Díaz, J. (2002). *Principios del proceso penal. Temas para el estudio del Derecho procesal penal* (t. 1). Félix Varela.
- Mendoza Díaz, J. (2015). *Derecho procesal. Parte general*. Félix Varela.
- Molina López, R. (2010). *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*. Universidad Bolivariana.
- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal*. Idemsa.
- Ore Guardia, A. (2011). *Manual de Derecho procesal penal* (t. 1). Reforma.
- Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L. (1999). Garantías para el ejercicio y defensa de los derechos del hombre. Consideraciones teóricas y expresión en Cuba. s.e.
- Remigio Ferro, R. (Junio, 2010). Vocación de justicia: propia, universal y efectiva. *Justicia y Derecho*, (14), 8-14.
- Reyes, A. (1994). *Criminología* (7.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Robert, A. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Romero Banquero, G. (Enero-abril, 1987). Teoría de la criminalización, Derecho penal y política criminal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (t. 40, fasc. 1).
- Schünemann, B. (1991). *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?* Consejo General del Poder Judicial.
- Sánchez Herrera, E. M. (2005). *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad* (Col. Derecho penal 6). Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Tijerino Pacheco, J. M. (2007). *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.* Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Vásquez Rivera, J. C. y Mujica Araque, C. A. (2010). *Principio de oportunidad. Reflexiones jurídico-políticas.* Universidad de Medellín.