

*Vías Alternativas a la Solución de Conflictos
en el Proceso Penal*

Lic. René Joaquín Martínez Gamboa.

**Profesor de Derecho Penal del
Departamento de Derecho de la
Universidad de Granma.
e-mail: rmartinezg@udg.co.cu**

Resumen:

La solución del conflicto u obtención de la paz jurídica debe lograrse no a través de medidas coercitivas, sino por medio de alternativas a las controversias penales, lo cual es de innegable importancia debido al impacto social y humano que esto significaría, al lograr la mínima intervención del Derecho Penal. Esta investigación titulada "Vías alternativas a la solución de conflictos en el proceso penal", tiene como objetivo general caracterizar cuáles son las principales tendencias en la doctrina jurídica que informan el Principio de Oportunidad; aportando como principales resultados, un minucioso acercamiento a este principio y las vías de posible solución donde interviene la justicia en un menor grado, facilitando su descongestión y reduciendo el ingreso de personas a los centros penitenciarios. Se estructuró en dos capítulos, en el primero abordamos: funciones del proceso penal, límites procesales del poder estatal; igualdad y contradicción como principios básicos de la relación jurídica. En el segundo hacemos referencia a los Principios de Legalidad y Oportunidad, analizando exhaustivamente este último y las vías alternativas a la solución de conflictos, identificando la conciliación, la mediación, la negociación, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios como las principales tendencias que actualmente lo informan. Nos auxiliamos en el Análisis Síntesis, Análisis Lógico, Histórico Jurídico, Sociológico, Dialéctico Materialista y Exegético como métodos que soportaron nuestra investigación.

Abstract:

The solution to the problem or to obtain the judicial peace should be achieved not through strong measures, but through alternative solutions to the issues, which is of undisputable importance due to the social and human impact that it would have when getting the minimal intervention of the criminal law. It is then the main objective of this research work: to characterize what are the principal tendencies of the judicial doctrine that report The Principle of Opportunity. The work was structured into two chapters ; the former deals with the functions of the criminal process, the processing limits of the governmental power and some basic principles of de judicial relations such as equality and contradiction. The latter deals whit the Legal and Opportunity Principles, carrying out an exhaustive analysis of the last one and the alternative ways to the solution of issues as the fundamental tendencies of the application of this principle. The conclusions drawn are exposed at the and, whit results that portray the most important tendencies up to date that report the Opportunity Principle followed by the doctrine. The most important results provide a close sight to the Opportunity Principle and the alternative ways to the solution of issues to achieved a minimal intervention of justice and eventually the reduction of this work; as will as reduce the amount of people being incarcerated. The methods used were: Analysis – Synthesis, Logical Analysis, Judicial – Historical, Sociological, Materialistic – Dialectic and Exegetic.

Índice:

Introducción:	5
Capítulo I: El Proceso Penal. Tendencias Procesales.	10
1.1 El Proceso Penal. Sus Funciones.....	11
1.2 La igualdad y la contradicción procesal: principios básicos de la relación jurídica. Una simple ojeada a la historia.	19
1.3 Límites procesales al ejercicio del poder estatal.....	30
Capítulo II: El Principio de Oportunidad y las Vías Alternativas a la Solución de Conflictos Penales.	46
2.1 Definición conceptual y esencia del Principio de Oportunidad.....	47
2.1.1 Algunas conceptualizaciones	50
2.1.2 Requisitos	53
2.1.3 Objetivos	54
2.1.4 ¿Existe realmente una antinomia entre el Principio de Legalidad y el Principio de Oportunidad?	56
2.2 El Principio de Oportunidad como garantía de la intervención mínima del Derecho Penal y de la Pena Privativa de Libertad.	57
2.3 Justificación del Principio de Oportunidad en el Derecho Comparado.	61
2.4 Vías alternativas de solución de conflictos en materia penal.....	68
2.4.1 Conciliación en materia Penal.....	71
2.4.2 Mediación en el Proceso Penal.....	76
2.4.3 Negociación en Materia Penal.	78
2.4.4 Suspensión Condicional del Procedimiento.	80
Conclusiones	87
Recomendaciones	88
Bibliografía	89

Introducción:

La solución del conflicto u obtención de la paz jurídica debe lograrse no a través de medidas coercitivas, sino más bien por medio de las soluciones alternativas al conflicto que hagan innecesaria la imposición de una pena o de la sentencia definitiva que resuelva sobre la culpabilidad del imputado.

En materia de política criminal se distinguen múltiples posturas, teniendo en cuenta principalmente el tipo de gobierno que caracteriza al Estado, así por ejemplo las medidas contra la violencia propias del estado liberal, no son ni pueden ser las mismas que las diseñadas en un estado social, de ahí que se distingan dos grandes vertientes denominadas política criminal tradicional y política criminal alternativa.

La política criminal tradicional está compuesta por el conjunto de herramientas y decisiones, cuyo objetivo es la prevención y represión de la delincuencia, de manera que se garanticen los objetivos trazados por la mayoría de la sociedad, es decir que, es la respuesta que el conglomerado en cabeza del Estado, emite para defenderse de aquellos sujetos que buscan desestabilizar el orden previamente convenido; en palabras de pretéritas teorías políticas, diríamos que es la reacción legítima a cargo del Estado, para preservar la existencia y vigencia del contrato social, representado hoy en el sistema normativo. Por lo tanto este enfoque tradicional de la política criminal que responde igualmente a los enfoques tradicionales de la criminología –paradigma consensual–, parte de varios supuestos, como por ejemplo el carácter natural del delito, la predeterminación de algunos sujetos frente a los comportamientos delictivos y la legitimidad del aparato estatal para reprimir la criminalidad y separar a los “delincuentes” de la sociedad.

Posteriormente con apoyo en el llamado enfoque crítico de la criminología, surge una nueva forma de entender la política criminal que es en últimas la puesta en práctica de sus postulados teóricos; conceptos como la artificialidad del crimen, las falencias del proceso de criminalización (selectividad, subjetividad, etc.) y el planteamiento de formas no criminógenas de control social, hacen parte de ese paradigma conflictual de la criminología, cuya pretensión es en algunos casos la minimización del aparato penal en términos

de conductas prohibidas, introduciendo a la vez fórmulas que acentúan la prevención y no el carácter retributivo de la pena¹.

Entonces, uno de los rasgos que logra diferenciar a los enfoques tradicional y alternativo de la política criminal, está relacionado con el uso desmesurado (primer enfoque) o racionalizado (segundo enfoque), que se haga de la fuerza por parte del Estado para solucionar los conflictos sociales. Por otro lado es claro que la introducción de un mecanismo de “liberación penal”, responde claramente a la varias veces mencionada política criminal alternativa, de manera que en nuestro concepto, el Principio de Oportunidad hace parte de esta última como quiera que plantea una opción diferente frente al control social formal de ciertas conductas, dejando la posibilidad de utilizar los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, sin desconocer los derechos de las víctimas. Así mismo, el Principio de Oportunidad representa una reorientación del sistema penal, en cuanto tiene en cuenta para su puesta en marcha, la naturaleza de las conductas, los bienes jurídicos a proteger y finalmente la entidad del daño producido (carácter fragmentario del Derecho Penal).

Por lo que cualquier reforma al sistema procesal penal que se precie, debe necesariamente transformar la política de las penas. No es posible hablar de una transformación del proceso penal, si no es en relación con un cambio político sobre la reacción ante la criminalidad, de un cambio también del sistema de penas y de los sustitutivos de éstas. Se trata de aspectos totalmente paralelos, de dos caras de una misma moneda.

El tema de la “alternatividad” hoy día es recurrente en la literatura especializada que, desde distintos puntos de vista, intenta analizar las principales problemáticas que giran en torno a la estructuración de un sistema penal moderno y garantista. En efecto, la discusión acerca de la “alternatividad” surge casi en forma paralela al fuerte cuestionamiento de que ha sido objeto el sistema penal, que puede resumirse en la idea de que éste no sólo no ha resultado ser un instrumento idóneo para resolver el problema de la

¹ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Curso de Criminología, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición, 2001, páginas 206 a 210

criminalidad, sino que también él mismo ha sido considerado un factor reproductor de ésta y además, porque se ha constatado que distribuye de manera desigual su aplicación, afectando en grado más fuerte a los sectores socialmente más vulnerables.

En este contexto, es posible evidenciar cómo se plantea en forma creciente, especialmente en el ámbito del derecho, la necesidad de estudiar la introducción de nuevas formas de resolución de conflictos penales o de alternativas distintas a las ya existentes que, por un lado, permitan superar de manera efectiva los innumerables efectos negativos derivados de la utilización del sistema penal, en especial de las penas privativas, y que por el otro, constituyan una respuesta socialmente más satisfactoria para la comunidad, para la víctima del delito y para el sujeto responsable del mismo.

El Principio de Oportunidad constituye una medida para hacer frente a la necesidad de dar rápida respuesta a un número cada vez mayor y más complejo de conflictos. Se trata de una herramienta que conlleva la puesta en práctica de mecanismos complementarios para simplificar la operatividad y hacer más eficiente el nuevo procedimiento procesal penal. Se trata por un lado de mecanismos alternativos al tratamiento penal del caso, y por otro lado de recursos más sencillos para resolver la aplicación de sanciones penales. Lo que hace evidente la actualidad, necesidad y la relevancia que esto tiene desde el punto de vista político, social y humano. Por lo que una vez alcanzados los resultados de la investigación estos serán de gran importancia a la hora de entender el proceso penal como un proceso garantista que logre poner al límite el principio de última ratio y la intervención mínima de la justicia penal, coadyuvando a la descongestión de ésta. Todo esto generará un significativo aporte a la sociedad, puesto que podrá evitarse el ingreso de personas a los centros penitenciarios por delitos que no constituyen un peligro grave para la sociedad, partiendo de que como ha podido demostrar la práctica los centros penitenciarios más que minimizar la conducta criminal y antisocial han sido multiplicadores de ésta. Sabiendo que las penas de prisión constituyen un fracaso histórico: no solamente no socializan, sino que, a partir de las investigaciones sociológicas desarrolladas desde el enfoque del interaccionismo simbólico, han aportado valiosos datos para demostrar lo contrario. En tal

sentido, los trabajos desarrollados por Erving Goffman² y Donald Clemmer³ han puesto de manifiesto los efectos deteriorantes de las instituciones penitenciarias⁴.

Por otro lado, las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino también para sus familias; especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia.

Por lo que el objetivo general de la presente investigación es caracterizar cuáles son las principales tendencias en la doctrina jurídica que informan el Principio de Oportunidad.

Tomando como objetivos específicos:

1. Analizar las funciones del proceso penal, principios básicos de la relación jurídica y los límites procesales al poder estatal.
2. Identificar cuáles son las tendencias actuales que informan el Principio de Oportunidad en el debate doctrinal procesalista penal.
3. Identificar y analizar cuáles son los aportes y limitaciones más importantes de las tendencias actuales que informan el Principio de Oportunidad en el debate doctrinal procesalista penal.

Para iniciar el estudio sobre el tema debemos plantear el problema que lo motiva, definido mediante la siguiente interrogante:

¿Cuáles son las tendencias más importantes del Principio de Oportunidad que tributan al desarrollo de la justicia Penal?

El cual genera la siguiente hipótesis:

La oportunidad en el proceso penal y las vías alternativas de solución de conflictos son punto angular para lograr un verdadero desarrollo en la justicia penal a fin de lograr una tendencia minimalista en la aplicación de las penas a delitos de escasa peligrosidad social.

² Cfr. Goffman, Erving, *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1994.

³ Cfr. Clemmer, Donald, *The prison community*, 2da. Edición. Nueva York, Rinehart & Winston, 1958.

⁴ Una síntesis de estas investigaciones puede consultarse en Cesano, José Daniel, "Consideraciones sobre el trabajo penitenciario: interpretación criminológica de un fallo", *Ciencias Penales Contemporáneas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1, núm. 2, 2001, pp. 407 y ss.

Este trabajo está estructurado en dos capítulos que desarrollan los objetivos propuestos, en el primero se abordan las funciones del proceso penal, los límites procesales del poder estatal y principios básicos de la relación jurídica tales como la igualdad y la contradicción. En el segundo capítulo se hace referencia a los Principios de Legalidad y Oportunidad, haciendo un análisis exhaustivo de este último donde se aborda su esencia, su aplicación para lograr la mínima intervención del Derecho Penal y de la pena privativa de libertad, así como su justificación en el derecho comparado y las vías alternativas a la solución de conflictos como tendencias fundamentales de la aplicación de este principio. Además se identifican y caracterizan las principales tendencias actuales seguidas por la doctrina que informan el Principio de Oportunidad. Finalmente se exponen las conclusiones alcanzadas con el auxilio de los métodos siguientes: Método de Análisis y Síntesis: para sintetizar todo el contenido estudiado para la investigación. Análisis Lógico: para ofrecerle un orden lógico a la estructura del trabajo a partir de la información consultada. Histórico Jurídico: para buscar los orígenes y observar la evolución de cada una de las instituciones jurídicas abordadas. Método Sociológico: Para valorar el papel que ha de atribuirse a la actuación Fiscal, en las sociedades modernas y de la posición que como tendencia ha de ocupar la víctima, en las mismas. Método Dialéctico Materialista: Para comprender las verdaderas causas que han generado la crisis del actual proceso penal y su efecto materializado en las nuevas alternativas para la solución de conflictos penales. Método exegético: Para el análisis del articulado de diferentes legislaciones (Códigos Penales, Códigos Procesales y Constituciones), a través de las cuales se pone de manifiesto, las nuevas alternativas existentes para la solución de conflictos y la procedencia de éstas y el papel dentro de ellas del Ministerio Público.

Como técnicas de investigación empleamos la revisión bibliográfica de los materiales que consideramos más actualizados sobre el tema objeto de la investigación.

Capítulo I: El Proceso Penal. Tendencias Procesales.

El vocablo proceso, es dentro del ámbito jurídico como en toda relación, tanto social como en la naturaleza, una continuidad, una serie o sucesión de fenómenos, de actos, de momentos caracterizados y por los cuales se llega a un resultado. Como expresa el diccionario de términos españoles, proviene del latín “*processus*”, es el transcurso del tiempo, es la serie de fases de un fenómeno, es la evolución de una serie de fenómenos.

Podemos decir que lo primero que hace el Estado en el campo del Derecho Penal, es una función enunciativa (Derecho Penal Sustantivo, material) y lo segundo es la formulación de la forma de ejecución de ese Derecho Sustantivo, función operativa, formal, Proceso Penal.

El proceso, es esa serie o sucesión de actos tendientes a la consecución de una pretensión de acuerdo con el derecho objetivo, organizados de forma lógica y conforme al ordenamiento jurídico, es de forma general, a lo que se le señala como Procedimiento Penal.

Analizando lo planteado anteriormente podemos llegar a definir tres categorías o elementos que constituyen la esencia del proceso:

1. Conjunto de acciones, actividades, momentos;
2. conjunto de normas, de preceptos y
3. finalidad, sentencia.

A la hora de definir el proceso penal, otros autores parten de la teoría del conflicto, como lo hace Carlos Viada, quien plantea que: “debe entenderse a partir de ésta teoría; que puede concebirse el proceso penal, como un conflicto de intereses entre partes, siendo éstos de un lado, la sociedad y del otro, el imputado. La colectividad tiene interés que se castigue al culpable del delito y éste en evitar el castigo (...) Ésto se comprende sobre la base de que el proceso penal, es un mecanismo e instrumento ideado para volver, no tan solo al conflicto entre las partes (colectividad – imputado), sino que el conflicto, está dentro y en la misma sociedad”.⁵

⁵ Viada, Carlos: Lecciones del Derecho Procesal Penal. Página 31.

Por lo que en nuestra opinión consideramos que deben añadirse otras categorías a las ya planteadas como son:

1. Principios.
2. Garantías Procesales, y
3. Valores.

Por lo que hacemos una construcción conceptual del proceso penal que desde nuestro punto de vista nos parece más acabada o completa, puesto que planteamos que el Proceso Penal es la serie ordenada de actos preestablecidos por la Ley y cumplidos por el órgano jurisdiccional, que se inician luego de producirse un hecho delictuoso y terminan con una Resolución final, actuando como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva, interviniendo en este un cúmulo de principios , garantías procesales y valores que le son inherentes.

1.1 El Proceso Penal. Sus Funciones.

Pese a su separación entitativa y a la autonomía de su tratamiento científico, el proceso penal está al servicio de la aplicación del Derecho Penal. Es necesario, pues, sentar, por vía de recordatorio, unas bases elementales sobre esta parcela del Derecho objetivo. Sólo si esas bases son sólidas, cabrá entender bien las implicaciones de la instrumentalidad del proceso penal, que influyen decisivamente sobre su peculiar fisonomía.

Sin pretensión alguna de competir con los penalistas, y a los solos efectos referidos, cabe decir que el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídico-positivas que definen determinadas conductas como máximamente ilícitas en el plano, jurídico, establecen las circunstancias, positivas y negativas, relativas a la responsabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, asignan sanciones (penas) para cada una de esas conductas, y establecen, para ciertos casos, medidas sustitutivas de las penas.

Para que se impongan penas (siempre que estén legalmente previstas: nulla poena sine previa lege penale), han de darse unos comportamientos que se

estimen criminales (ésto es, que se consideren infracciones penales, tipificadas como delitos o faltas) y que puedan ser fáctica y jurídicamente atribuidos a persona o personas concretas que aparezcan como protagonistas en distintos grados de esos comportamientos. Pero es necesario, además, que concurran (o que no concurran) ciertos elementos y circunstancias de los que se hace depender la efectiva imposición de penas, su mayor o menor gravedad o la sustitución de esas penas por otro tipo de respuesta a la conducta criminal.

Como quiera que el Derecho Penal afronta de ese modo precisamente lo que una colectividad jurídicamente organizada entiende que son los comportamientos ilícitos más reprobables, no cabe duda de que la efectiva aplicación de las normas penales constituye, como regla general con muy pocas excepciones, un asunto de interés público particularmente intenso. Por otra parte, que una sanción o medida equivalente corresponda a la persona o personas responsables de un hecho delictivo no significa que otros sujetos jurídicos particulares tengan la titularidad de un derecho subjetivo al castigo de aquella o aquellas personas. Se habla de un *ius puniendi* del Estado, no tanto para construir, en buena técnica jurídica, un genuino derecho subjetivo a imponer penas, sino para expresar que ningún sujeto jurídico tiene tal derecho y que sólo el Estado tiene el poder sancionador máximo, correspondiente a los actos ilícitos más graves.

Pero, obviamente, este poder no se atribuye al Estado para que sus representantes lo ejerciten, o no, y en su caso, de ésta o aquella manera, según su arbitrio, sino para que se ejercite siempre que concurran los presupuestos y requisitos contenidos en las leyes y de acuerdo con lo dispuesto en ellas. El ejercicio del llamado *ius puniendi* según los parámetros legales es un deber elemental del Estado. Estos postulados suelen expresarse sintéticamente con el nombre de principio de legalidad (penal).

Por todo esto, el inicio, el desarrollo y el término de los procesos penales no pueden depender de que unos determinados sujetos jurídicos ejerciten unas omnímodas facultades volitivas y decidan o no postular, como tutela judicial efectiva suya, una sentencia condenatoria. En ese sentido, los procesos penales no son contingentes, sino necesarios. Quiere decirse con esto, que

siendo instrumentos esenciales de la efectividad del Derecho Penal y siendo dicha efectividad ordinariamente indeclinable, es de necesidad que se inicien y culminen todos los procesos penales que correspondan a todas las (aparentes) infracciones conocidas de los preceptos penales sustantivos. El intenso interés público inherente a la idea misma del Derecho Penal no puede sino inspirar también, con idéntica fuerza o virtualidad, la estructura interna y externa del proceso penal. Para referirse a estas exigencias se habla también de principio de legalidad (procesal-penal) o de necesidad.

Como puede observarse, en el fondo de las posiciones se pide al Derecho Penal una seguridad. Esta especie de seguridad jurídica que se supone, provee el Derecho Penal, está acompañada de una función fundamental: la protección de bienes jurídicos. Ciertamente, en una sociedad organizada, los ciudadanos exigimos un orden y una clara protección de bienes que consideramos fundamentales. "El fin de proveer a la seguridad tutelando bienes jurídicos es lo que le asigna un límite racional a la aspiración ética del Derecho Penal (...)"⁶

Surge, así, una gran duda acerca de la función del Derecho Penal, sobre todo si se toma en consideración la opinión, fundada en investigaciones de realidad, de que el sistema de justicia penal genera, en ocasiones, más violencia de la que trata de evitar.⁷ Siendo así que el *ius puniendi* no puede ser un derecho absoluto del estado, primero porque la función del sistema de justicia penal no es generar la violencia sino evitarla y segundo porque existe un contenido que le da sentido al Derecho Penal: la protección de bienes jurídicos. Con lo anterior pretendemos mostrar que el *ius puniendi* tiene límites claros: la violencia institucionalizada -límite negativo- y los derechos humanos -límite positivo-.

Dentro de esos extremos, el *ius puniendi* encuentra su justificación en la protección de aquellos bienes jurídicos que respondan y correspondan a las necesidades vitales de una convivencia social armónica. De esta justificación se

⁶ Zaffaroni, Raúl. Manual de Derecho Penal, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina: Ediar. 2005. Pág. 55

⁷ Sobre el aspecto de la violencia del sistema de justicia penal pueden consultarse una serie de investigaciones y de documentos producidos por criminólogos Latinoamericanos y recomendamos leer la investigación realizada en la mayoría de los países de Latinoamérica y dirigida por Raúl Zaffaroni: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*, Depalma, 1986.

derivan dos obligaciones fundamentales del poder público: la de llevar al sistema sancionatorio sólo a aquellas conductas que verdaderamente resulten lesivas para las bases mismas del sistema y la de no producir violencia ni vulnerar bienes jurídicos cuando se ejercita esa potestad sancionatoria.

Es por esto que debemos partir de estas dos premisas: la crisis en que se encuentra la administración de justicia, y singularmente la penal; y la irrevocable relación, que a la hora de buscar soluciones a ésta, debe contemplarse entre el Derecho Penal y el Procesal Penal.

En este último sentido, sin que pueda sostenerse una interdependencia absoluta entre el proceso penal y el Derecho Penal, tampoco cabe negar una clara y conveniente conexión. Tal circunstancia obliga a que cualquier análisis del devenir del enjuiciamiento criminal, por somero que sea, no deba perder de vista la evolución que paralelamente se produzca en el Derecho Penal. Así, como se podrá comprobar, muchas de las innovaciones que afectan o pretenden incorporarse a aquél a la hora de buscar soluciones para la citada crisis nacen de posiciones originadas en el segundo (descriminalización; despenalización; aplicación del Principio de Oportunidad, aumento o disminución del número de delitos privados o semiprivados, etc.).

Por su parte, la Escuela Positiva italiana fundamentó la legitimidad del Derecho Penal partiendo de las **teorías relativas** sobre la sanción y, precisamente, la doctrina de la "defensa social", que es fruto de su labor, entroniza perfectamente con la idea de intervención del Estado a través de un instrumento que permitiera imponer sus designios para garantizar esa función. Para lograr tal propósito, los positivistas concibieron un aparato estatal con poderes muy amplios, entre los que mereció especial relevancia el poder penal que podía ejercer mediante la imposición de penas a los ciudadanos infractores de las normas dictadas para garantizar la paz jurídica. Los sostenedores de este grupo de teorías procuraron legitimar la pena mediante la posibilidad que esta brinda para perseguir un fin determinado; de lo que se desprende que el criterio justificante de la sanción era la utilidad que reportaría a la sociedad. La pena, en consecuencia, sería un medio que se podía utilizar para la obtención de ulteriores fines; por lo que a partir de tales propósitos se han agrupado en dos subgrupos, a saber:

Teorías relativas a la prevención general: “Parten del presupuesto de que con la pena se persigue un fin consistente en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, es decir, la pena surte efectos sobre el resto de los integrantes de la comunidad que no han tenido aún una experiencia delincencial. Ejemplo de este grupo de teorías es la enarbolada por Anselmo Feuerbach sobre la coacción psicológica”⁸.

Teorías relativas a la prevención especial: Explican el fundamento del ius puniendi a partir de la consecución con la pena de una finalidad dirigida especialmente al autor del hecho delictivo para que no reincida. Para los partidarios de este grupo de teorías, cuando un individuo comete un delito ello implica que en su actuación futura puede cometer otros; en tal sentido, la pena servirá para evitar la ejecución de esas futuras lesiones al orden jurídico, toda vez que el hecho ya consumado no puede desaparecer con la solución impuesta a su comisor.

Las teorías de la prevención general tienen dos manifestaciones:

- **Prevención general negativa:** La pena está dirigida a disuadir a potenciales delincuentes de la comisión de delitos, lo que se logra a partir de la imposición de sanciones a los ciudadanos comisores de delito.
- **Prevención general positiva:** La pena se propone alcanzar como finalidad el reforzamiento del Derecho a partir de que los ciudadanos interioricen sus normas y muestren disposición hacia su cumplimiento, pues infringir una norma sería incurrir en un comportamiento inaceptable para la sociedad.

Precisamente, la prevención general se puede apreciar en las tres fases de realización de la pena; en el momento de la amenaza, en el momento de su dictado o determinación y, finalmente, en su ejecución.

⁸ Cfr. Feuerbach, Anselmo: " Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania". Trad. al castellano de la 14ta edición alemana (Giessen, 1847), por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Edit. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1989. p 60.

De igual forma las teorías de prevención especial se presentan de varias formas:

Prevención especial por intimidación: Implica que la pena se impone para disuadir al sujeto comisor de la realización de nuevos delitos.

Prevención especial por educación: Plantea que mediante el cumplimiento de la sanción el delincuente debe ser preparado para un comportamiento adecuado a la sociedad en el futuro.

Prevención especial por aseguramiento: Que mediante la ejecución de una pena, se protege a la sociedad de futuros comportamientos que pudiera asumir el sujeto de no ser destinatario de una sanción. Desde luego, esa protección puede resultar más o menos prolongada en el tiempo o, definitivamente.

Para Enrique Bacigalupo, las teorías relativas se convirtieron durante el siglo XX en el punto de partida de lo que ha dado en denominarse Derecho Penal Moderno, aún y cuando han sido sometidas a diversas modificaciones en su fisonomía debido a las fuertes discusiones doctrinales que sobre esta problemática han tenido lugar⁹.

Finalmente, hay un tercer grupo de teorías que simplificaron los criterios legitimantes de las teorías absolutas y relativas. A esta posición se le ha denominado **teorías mixtas o de la unión** porque han combinado la posibilidad que representa la pena para reprimir o castigar (retribución) y para la evitación de nuevos hechos delictivos (prevención); esto es, se considera justificable la facultad de penar porque ello es justo y además útil para la consecución de determinados propósitos. Estas últimas son las que predominan hoy pues, conciben a la pena conceptualmente como un castigo que se le inflige a un ciudadano por haber cometido un delito pero, al mismo tiempo, persigue la obtención de determinados propósitos que, en definitiva, son los que deberá conseguir el Derecho Penal en su función de tutela de los bienes jurídicos. Estos propósitos están referidos a una idea de prevención general y a otra de prevención especial.

⁹ Bacigalupo, Enrique: "Manual de Derecho Penal". Parte General. Edit. Temis, Bogotá, p. 11.

Según varios autores, entre ellos el propio Bacigalupo, una de las más importantes teorías sobre la pena, máxima expresión del Derecho Penal, la ha formulado el penalista alemán Claus Roxin, quien propuso una concepción dialéctica de la pena que supone una síntesis de lo ya planteado. Para Roxin, en el momento de la amenaza el fin de la pena es la prevención general; en el momento de su dictado o fijación los fines preventivos de la pena son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de su ejecución resultan preponderantes los fines resocializadores o de prevención propiamente especial¹⁰; en tal sentido, la pena, y con ella el Derecho Penal, se justifica por la finalidad de prevención general y especial pero con límite en la culpabilidad demostrada por el sujeto comisor, o lo que es igual, por muy necesaria que resulte la prevención del delito la pena deberá siempre ajustarse al reproche de culpabilidad que, en todo caso, es su límite máximo.

Si el Derecho Penal se justifica, ante todo, por las ideas de prevención del delito, ya sea de forma general o especial, la acción decisiva en tal propósito se encuentra en la aplicación de la pena criminal. Por tal motivo, no es aceptable concebir la aplicación y el cumplimiento de las penas, única y exclusivamente, como medios para causar perjuicios a los sancionados; muy por el contrario, se impone exigir que la ejecución de las diversas modalidades de sanciones persiga el propósito de contribuir a la prevención de nuevas acciones delictivas por parte de los sujetos ya sancionados. Consecuentemente, durante la ejecución de una pena el sancionado deberá recibir oportunidades para instruirse culturalmente, conocer la realización de algún oficio, adquirir hábitos laborales, entre otras.

Para Jescheck, retribución y prevención no son polos irreconciliables. “Es posible una unificación de manera que la pena no se agote ciertamente en sí misma, sino que se comine y aplique con el fin de proteger a la sociedad de futuros delitos, pero de manera que también sirva para compensar la culpabilidad por el delito cometido, buscando lograr el resultado preventivo de una forma justa. La pena justa tiene que cumplir de este modo una función preventiva y otra reeducadora en la comunidad, en cuanto tiene una fuerza configuradora de las costumbres, y en el condenado en cuanto es un principio

¹⁰ Bacigalupo, Enrique: op. cit. p.11 ss.

proporcional que apela a su sentido de la responsabilidad. Los fines preventivos que no puedan ser logrados con la aplicación de la pena justa deberán asignarse a las medidas de seguridad"¹¹.

La legislación penal cubana no se aparta de esta tendencia pues preceptúa en el artículo 27 que "la sanción no tiene solo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, el estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos tanto por los propios sancionados como por otras personas"¹²; cuya regulación, al margen de algunas consideraciones que pudiéramos emitir sobre su redacción, expresa claramente que el Derecho Penal cubano se abraza a la idea de que los fines de la sanción son primordialmente de prevención general y especial.

En el momento en que se comienza a considerar alguna idea alternativa que tiende a plasmar una reforma más o menos general dentro del proceso penal, cabe recordar, en primer lugar, cuáles son las funciones principales que deben, inexorablemente, reconocerse a aquel proceso, de modo que este primer señalamiento constituya, por una parte, un límite para aquella reformulación (ésta no podría tener como resultado la afectación de aquellas funciones) y, por otra parte, una herramienta adecuada para determinar la utilidad de aquella idea (la idea será útil si las funciones señaladas como irrenunciables se cumplen mejor o más eficazmente).

En consecuencia, es menester poner de relieve que el proceso penal tiene como funciones principales la de permitir la actuación de la ley penal sustantiva ante la posible comisión de un hecho delictivo; la de limitar el poder del estado mediante la vigencia efectiva de las garantías individuales y, como resultante de las mencionadas, el proceso penal también tiene la función de reestablecer la paz social alterada por la alarma producida por el supuesto suceso ilícito.

¹¹ Jescheck, Hans Heinrich, "La crisis de la política criminal", *Doctrina Penal*, año 3, 1980, p. 50.

¹² Ley 62 de 1987, Código Penal, artículo 27.

En efecto, en cuanto a la primera de las funciones mencionadas, la evolución producida desde la venganza privada del ofendido por el delito a la potestad penal pública en manos de una instancia política central evidencia que la posibilidad de aplicar la ley penal sustantiva en un caso concreto se encuentra supeditada a que aquella aplicación constituya el resultado de una serie concatenada de actos cuyas formalidades se encuentran previstas legalmente. A la inversa, esta función de “realización” que tiene el proceso penal no tendría sentido si no existiese la ley sustantiva cuya actuación en el caso concreto el proceso penal tiende a posibilitar. Por lo tanto, entre la ley penal de fondo y la ley penal adjetiva se advierte una dependencia recíproca e insoslayable.

En cuanto a la segunda de las funciones mencionadas, no caben dudas con relación a que las regulaciones contenidas en la ley procesal penal resultan ser el modo más eficaz y más seguro para evitar, en concreto, un eventual abuso de poder por parte del Estado en el ejercicio de la potestad penal.

1.2 La igualdad y la contradicción procesal: principios básicos de la relación jurídica. Una simple ojeada a la historia.

En el sistema acusatorio

El surgimiento de cada una de las formas de enjuiciar tuvo un orden sucesivo. Apareció primero el sistema acusatorio entre los pueblos griegos, romanos y germanos que ya tenían una organización estatal, en correspondencia con la concepción privada del Derecho Penal, cuando el castigo es concebido como un derecho del ofendido o de su grupo. A partir de entonces, la sociedad comienza a reprimir el instinto de venganza de los particulares y obliga al perjudicado a ejercitar su derecho, conforme a reglas normadas.

Así nace el proceso, convirtiéndose en una contienda legitimada lo que había sido antes un combate efectivo. En un comienzo, la parte ofendida aun podía elegir entre la venganza, el arreglo privado con el ofensor, o la vía judicial, sin que se distinguiera el proceso civil del penal. Ambos exigían la iniciativa privada del particular, con idénticas formas de procedimiento, y eran conocidos por los mismos jueces.

El paso de la venganza de sangre al Derecho Penal, se realiza con la atribución de las funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un órgano imparcial y muy pronto público.

La titularidad de la acusación permanecería largo tiempo en manos de la parte ofendida o de su grupo familiar, transfiriéndose a la sociedad en una época posterior. El debate era una lucha franca y honorable, ante el tribunal, entre dos partes obligadas a manifestarse con veracidad, y resguardada de ambos lados por fuertes responsabilidades.

En este sistema, el tribunal y el acusador son populares, el imputado se encuentra por lo general en libertad y se acepta la defensa técnica; las partes disponen relativamente del contenido sustancial del proceso; están en situación de paridad, y así como el imputado lleva la carga del proceso, el acusador porta también su difícil carga de responsabilidad por calumnia.

Durante la tramitación del proceso, el juez se desempeña en lo fundamental como mediador, para dirigir la preparación del juicio, resolver los incidentes que pudieran presentarse, y decidir la cuestión de fondo debatida entre el acusador y el acusado.

La característica fundamental del sistema de enjuiciamiento acusatorio, identificada en la división de poderes que se ejercen en el proceso, favorece que esté presente la contradicción en la actividad probatoria. Por un lado, el acusador, que persigue penalmente y requiere al tribunal con el ejercicio de la acusación fundada en la existencia de elementos de pruebas; por el otro, el imputado, que puede resistir la acusación a través del reconocido derecho a la defensa, exponiendo pruebas en contrario; y en una posición superior, el tribunal, con funciones decisorias.

Desde el nacimiento de esta primera forma de juzgar —no puede hablarse aún de principio procesal— se manifiesta la contradicción como expresión procesal de los sujetos interventores en las diligencias probatorias desarrolladas en el juicio, donde el acusador y el acusado, en situación de paridad relativa, en busca de la solución de la trifulca, acuden al juez como tercero imparcial, que mantiene una posición pasiva ante la contienda.

El sistema acusatorio, aún cuando fuera exclusivo de la clase con capacidad de ser libre, constituyó un paso de avance importante en aras de garantizar la libertad ciudadana. Se caracterizó por ser una actividad procesal, donde rigen la contradicción, la inmediación, la única instancia, la oralidad y la publicidad.

- **En el sistema inquisitivo.**

Las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en Roma imperial, con el conocimiento de las causas de oficio por los delicta publica. Primero se conocieron los crimina laesae maiestatis de subversión y conjura, en los que se consideraba ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identificaba con el Estado.

Abandonado el sentimiento cívico y el hábito de libertad que durante la República hicieron posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, se sustituye la acusación pública por la denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de tiranía.

El cambio del sistema de enjuiciamiento acusatorio al inquisitivo, lo determinaron condiciones económicas, sociales y políticas, así como otras de naturaleza procesal. Entre las condiciones económicas que fijaron el paso de un sistema a otro se pueden mencionar: las crisis que en el campo de la economía conmovieron a Europa en los siglos XIV y XV, originadas en lo fundamental por el descenso de la población debido a las pandemias que fustigaron en este período. Como sociales se identifican, el desarrollo y esparcimiento de los herejes, cuyos modos de comportamiento desobedecían la fe católica, así como la amenaza judía, por su ausencia de pureza en la administración de las finanzas y por sus diligencias de préstamos lucrativos; actuación que se consideró pecado de usura.

Como políticas se nombran, la posición privilegiada de la Iglesia en las estructuras de poder y su intolerancia ante otras formas de expresión de la conciencia social.

Las causas de naturaleza procesal que facilitaron el tránsito, estuvieron referidas a limitaciones que se le atribuyeron al modo de enjuiciar acusatorio para enfrentar las diferentes conductas delictivas que surgían y se desarrollaban en un nuevo contexto histórico. Entre éstas se mencionan: la publicidad de los debates, que impedían recolectar información y asegurar los indicios del delito; la limitación judicial para producir prueba ex officio y su marcado carácter acusatorio, con lo cual se encomendaba a la destreza y responsabilidad de la víctima la punición de los hechos delictivos; y la desconfianza hacia la participación ciudadana en la administración de justicia, que por cambios de costumbres y otros fenómenos éticos sociales de los momentos de crisis, propiciaron en determinadas ocasiones la corrupción y el delito de prevaricación.

El juez unipersonal y técnico domina el proceso en toda su extensión, concentra todos los poderes e impide la defensa del acusado; se procede de forma escrita y secreta para la acumulación de las pruebas del hecho cuando no era flagrante; conseguida su demostración, se procedía a averiguar la culpabilidad de su autor, o su vinculación con el acto. Al acusado se le introduce al proceso como un objeto; considerado responsable desde el primer momento y, por presumirse su culpabilidad, es necesario obtener su confesión, la que desde el punto de vista espiritual tiene valor de arrepentimiento y en lo jurídico valor de prueba plena.

Para la búsqueda de la verdad podía valerse hasta de la tortura, que aunque no fue creación del sistema inquisitivo la aplicó de forma desmedida y celosa, al igual que métodos indignos como el espionaje y la capciosidad; sólo limitado en la valoración de las pruebas por el llamado sistema de pruebas legales, particular que, aunque con limitaciones incuestionables, constituyó un freno a los no pocos excesos de la omnipotencia judicial del momento.

Este modelo de enjuiciamiento presenta entre sus rasgos distintivos que el Estado procede de oficio; un mismo sujeto que actúa por delegación, investiga y juzga; ausencia de la participación popular en la administración de justicia, la escritura y la secretividad de las actuaciones dominan el proceso; la prueba es tasada y ofrece valor determinante a la obtenida en la fase sumaria; el acusado

se encuentra en prisión desde el inicio de un proceso, que no genera contradicción.

En el sistema Mixto

La ofensiva cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad del proceso inquisitivo, es una de las causas que alentaron a la ilustración reformadora. Todo el pensamiento de Thomasius, Montesquieu, Beccaría, Voltaire, Verri, Filangieri y Pagano, coincidió en denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición.

Otra de las causas que facilitó el cambio hacia un nuevo sistema, estuvo determinada por el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria, recibida en el ordenamiento inglés del antiguo proceso romano, basado en la acción popular, el tribunal por jurado, el juicio oral, público y contradictorio, y la libre valoración del juez.

Así, la Europa continental, inspirada en el code of instruction criminelle, de 1808, instauró como forma de juzgar una versión afrancesada del proceso acusatorio formal de partes vigente en Inglaterra, la que se mantuvo al margen de las transformaciones ocurridas en este hemisferio.

Las características que identifican a esta forma de juzgar son las siguientes: las funciones de investigación, acusación y decisión, corresponden a órganos independientes; el juicio oral viene condicionado por la interposición de una acusación y esta depende de la investigación, el debate penal es oral y público, con contradicción, necesidad de la correlación acusación sentencia, libre valoración de la prueba y prohibición de reformatio in peius.

Del código de instrucción criminal francés de 1808, el sistema mixto de la tradición europea continental acogió algunos rasgos del proceso acusatorio que resultaron concluyentes en el reconocimiento del principio de contradicción como forma de estructurar el proceso en el juicio oral, entre los que se identifican: se diferencian y reconocen dos etapas fundamentales del proceso penal, conocidas en la terminología jurídica por instrucción o fase preparatoria y juicio. La primera, donde prevalece el tipo inquisitivo, va encaminada a investigar el hecho con sus circunstancias y su autor, y de su resultado depende la apertura a juicio oral; la segunda, caracterizada por la presencia de rasgos

acusatorios, el juez del juicio, distinto al que instruye, dicta la sentencia conforme a las pruebas practicadas en el debate, las alegaciones de las partes y lo manifestado por el acusado.

La fase de instrucción se caracteriza por la escritura, secreto, no contradicción y papel predominantemente pasivo del imputado; aunque con un alcance diferente del que tenía en el proceso inquisitivo, donde el juez dictaba sentencia con base al resultado de una investigación que él mismo conducía y, ahora se reduce a preparar el juicio oral, acopiando material probatorio utilizable por las partes.

Desde el punto de vista práctico los principios que forman el proceso penal se presentan unas veces como postulados axiológicos sobre los que debe estructurarse el proceso (igualdad, búsqueda de la verdad material entre otros), otras como exigencias impuestas al juzgador y a las partes, los que luego se patentizan en garantías procesales (derecho a la defensa) y en ocasiones como parámetros estructurales que deben ser tenidos en cuenta al momento de hacer el diseño legislativo del tipo de proceso que se regulará (oralidad y publicidad).

Desde el punto de vista doctrinal lo que ocurre muchas veces, en correspondencia con el criterio de cada autor, es que los principios se ligan, mezclándose unos con otros y éstos con derechos y garantías, de forma tal que en ocasiones resulta difícil identificar si de lo que se está hablando es de un principio procesal o de una garantía reconocida en el ordenamiento como derecho del acusado.

Por su parte el profesor Carlos Viada refiere "...Hay que advertir que, al referirse a los principios generales del Proceso Penal nos referimos a los procesos penales por delitos perseguibles de oficio, pues, consecuente con lo dicho, no puede hacerse un estudio unitario de los principios del Proceso Penal (cuestión argumentada para criticar el estudio unitario de los distintos procesos)

ya que en los procesos perseguibles a instancia de parte, rigen principios distintos...”¹³

Para valorar el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico se requiere efectuar un análisis de los principios que sustentan al mismo, considerando a estos como categorías que han de estar presentes en todos y cada uno de los actos que conforman el proceso, los derechos que no son viables por sí solos sino que deben estar contenidos como facultades en las normas y las garantías como el instrumento para materializar los dos anteriores y sin el cual estaríamos en presencia de un derecho abstracto.

La primera de las subclasificaciones de estos principios es aquella que tiene que ver con **los relativos a la estructura propiamente dicha del proceso penal** y son los que tienen una mayor vinculación con los principios políticos, pues constituyen una derivación directa de aquellos, incluyéndose dos principios que están íntimamente ligados de forma tal que en ocasiones se confunden y en otros casos se ven uno como derivación del otro; nos referimos a los principios de **contradicción y de igualdad**, constituyendo su naturaleza jurídica la relación jurídica que se produce entre las partes y los sujetos que intervienen en el proceso, por ser éstos quienes la inician, desarrollan y terminan, actividad protagonizada por las partes sobre la base de la igualdad con carácter contradictorio, cuyo resultado estará en dependencia de la capacidad de actuación de cada una de ellas.

El principio de **contradicción** está ubicado en la misma antesala de todo el proceso penal, pues mediante él es que se garantiza que el debate se presente como una verdadera contienda entre las partes, consiste en la posibilidad de poder enfrentar, contradecir o discrepar de los actos realizados por la contraparte. En lo que al acusado respecta este principio se presenta como la obligación constitucionalmente reconocida de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, lo cual abre para el acusado lo que se conoce como derecho a resistir la imputación, principio estrechamente vinculado al Derecho a la Defensa, ya sea técnica por la asistencia letrada o material si la realiza la propia persona.

¹³ Viada, Carlos, Universidad de Madrid en la Cátedra de Derecho Procesal Pág. 34

Este principio, conocido también como principio de bilateralidad de la audiencia o bilateralidad del debate, se materializa cuando ambas partes en el proceso (acusador y acusado) pueden comparecer para hacer valer sus respectivas pretensiones, proponer pruebas y realizar todas las obligaciones que estimen pertinentes en aras del derecho alegado. Asimismo el derecho al silencio permitido al acusado ocasiona un desequilibrio en la relación entre éste y la víctima, pues la última perdería los argumentos para contradecir en un plano de igualdad.

Se trata de un diseño consustancial a la labor de administrar justicia, pues como dice Montero, en toda la actuación del Derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, las que ineludiblemente son parciales y que acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional, y que se corporifica en el juez o magistrado; esta no calidad de parte que juega el tribunal es a lo que Montero llama "imparcialidad".¹⁴

La contradicción sobre la que se mueve el proceso penal está identificada por dos partes encontradas en virtud de pretensiones que resultan contradictorias; en un extremo de este binomio se ubica la parte acusadora, que en la mayoría de los países está monopolizada por una institución estatal que recibe el nombre de Ministerio Público, Ministerio Fiscal o Procuraduría, pero que puede compartirse en aquellos lugares en que la legislación reconoce el derecho a que los perjudicados ejerciten la acción punitiva de forma coetánea, convirtiéndose en acusadores particulares. Se reconoce también la variante acusatoria a favor de instituciones de la sociedad civil para determinadas modalidades delictivas, a partir de la figura del acusador popular.

La regla general en Derecho Procesal es que las partes en un proceso se correspondan con los titulares de una relación jurídica material, salvo las excepciones que puntualmente se presenten y que abren el complicado capítulo de las legitimaciones para poder ser parte. En el análisis de este aspecto es necesario destacar como lo hace Montero, que en el proceso penal, a diferencia del civil, no existe una relación jurídico-material y por ello no

¹⁴ Montero, J; Principios del proceso penal. Tirant lo blanch, Valencia. 1997. p.87

es posible hablar de la existencia de derechos subjetivos penales, ni siquiera a favor de aquellos que resulten perjudicados por la actividad delictiva; lo que hace la ley procesal es reconocer una legitimación activa a favor de determinadas personas para poder instar la persecución penal, actividad que en muchos países, como ya dijimos, es ejercida de forma monopólica por una institución especializada que realiza una especie de "expropiación" de los derechos subjetivos penales que se derivan del hecho delictivo.

La Constitución cubana en sus artículos 128, 129 y 130, define a la Fiscalía General de la República como una "unidad orgánica estructurada verticalmente en toda la nación y subordinada únicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular"¹⁵. La organización y funcionamiento de la Fiscalía es desarrollada en la Ley No. 83/97, la que en su artículo 8-f le confiere la función de promover la acción penal pública en representación del Estado¹⁶. Esta facultad se materializa en la Ley de Procedimiento Penal en el artículo 273 donde se estipula que "la acción penal respecto de los delitos perseguibles de oficio se hace por la Fiscalía, la que lo ejercita en condición de exclusividad"¹⁷.

El principio de **contradicción**, es un test de veracidad de la prueba rendida en el juicio oral. Las partes tienen el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y la contraria el derecho de controvertirlas, por lo que el principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario

¹⁵ Constitución de la República de Cuba de 1976, artículos 128, 129, 130.

¹⁶ Ley 83 de 1997. Ley de la Fiscalía General de la República, artículo 8 f).

¹⁷ Ley 5 de 1977. Ley de Procedimiento Penal. artículo 273

En el nuevo sistema se requiere que toda la información pase por el filtro del contradictorio, ya que con ello puede modificarse, pero en el caso de pasar el test de credibilidad, la información podrá ser de calidad. Una prueba otorgada de manera unilateral, carece de confiabilidad.

Este principio rige plenamente durante el juicio oral y "... garantiza que la producción de las pruebas se hará bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad de que ellos tengan la facultad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones, tanto sobre la prueba propia como respecto de la de los otros. El control permitido por el principio contradictorio se extiende, asimismo, a las argumentaciones de las partes, debiendo garantizarse que ellas puedan, en todo momento escuchar de viva voz los argumentos de la contraria para apoyarlos o rebatirlos"¹⁸.

El principio de **Igualdad** en el aspecto político es una derivación hacia el proceso penal de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, lo que se manifiesta en casi todos los ordenamientos constitucionales como un derecho fundamental; podemos definirlo como la equidad para realizar el debate del objeto del proceso que debe garantizarse a las partes en el mismo, y que se encuentra estrechamente vinculado al principio de contradicción, de forma tal que debemos ver la contradicción como una manifestación de aquel postulado básico, pues lo que condiciona que exista la bilateralidad mencionada es precisamente la previa aceptación de un presupuesto de igualdad entre los que intervienen en el debate penal.

Gimeno Sendra considera que "el derecho de las partes a no sufrir discriminación alguna en el ámbito del proceso y a tener las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación, es un derecho fundamental autónomo, consagrado genéricamente en la Constitución y más explícitamente

¹⁸ Chaúan Sarrás, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Ed. Lexis, Nexis. p. 301

en el derecho a un proceso con todas las garantías, o sea, a lo que se conoce como Due Proces of Law”.¹⁹

No obstante lo anterior, se reconoce que durante la fase de investigación o sumarial, el principio de igualdad sufre un desbalance a favor del Estado, pues el imperio del proceder inquisitivo en esa etapa así lo condiciona; tal es así que es posible poner por ejemplo de dicho reconocimiento la letra de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en la cual se expresa sin cortapisas que la desigualdad que se observa en esta primera fase del proceso ha sido deliberadamente introducida por el legislador pues la propia comisión del delito implica que el delincuente ha tomado una ventaja que el Estado debe recuperar durante los primeros momentos de la investigación, al solo efecto de poder recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad. Esta posición no está exenta de críticas y en la segunda mitad del pasado siglo, después de concluida la Segunda Guerra Mundial, las legislaciones han ido eliminando progresivamente los beneficios que se conceden a favor del Estado en la fase sumarial, tratando de garantizar que prevalezca cada vez más la igualdad de las partes durante la primera parte del proceso penal, facilitando, entre otras cosas, una presencia cada vez más temprana del abogado en el desarrollo de las investigaciones y concediendo la mayor publicidad en las actuaciones.

En el aspecto estrictamente procesal es necesario tener en cuenta que la vulneración de la pretendida igualdad hay que verla relacionada con las violaciones que se puedan producir de los preceptos legales que la garantizan y como en tal sentido el criterio prevaleciente es que deben existir los medios de impugnación necesarios para garantizar que cuando se produzcan violaciones, se logre restablecer el orden y subsanar lo ocurrido. Es un criterio prevaleciente en la jurisprudencia cubana, el cual compartimos, al estimar que no toda violación procesal debe dar pie ineludiblemente a que se anule o corrija el error cometido, lo que convertiría al proceso en un ir y venir interminable; es esa la razón por la cual es necesario tener en cuenta que sólo es posible hablar de que se ha producido indefensión para el acusado cuando la violación de la

¹⁹ Gimeno Sendra, Vicente, Derecho Procesal Penal Tomo II Editorial Bosch, Valencia 1990

norma procedimental trasciende a los derechos fundamentales del enjuiciado, de forma tal que si no se corrige lo actuado se colocaría al acusado en una situación desventajosa en el proceso.

Pensar que estos principios no son pilares del proceso penal reformado o moderno, es negar el desarrollo dialéctico especial del proceso, ellos, son decisivos para crear un proceso ajeno a viejas estructuras inquisitivas heredadas de tiempos remotos, que aún sobreviven en nuestros días, pero, solo a través de su mejor aprovechamiento en el momento de aplicarlos -pues en su interior agrupan o generan otros principios que juntos, son constructores de esta política transformadora- podrá destruirse la investidura de ciertas privilegios que poseen los jueces, que los despojan, de la imparcialidad, que debe caracterizarlos en su labor de administración de justicia y que no siempre dependen de su comportamiento humano, sino de propias limitaciones que le imponen las normas jurídicas.

1.3 Límites procesales al ejercicio del poder estatal.

Debemos comenzar el tratamiento de este tema diciendo que la función punitiva del Estado Social y Democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente (Derecho Penal Subjetivo). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado se haya controlado y limitado. Esta función está fundamentada y limitada por la Constitución Política y en ella se encuentra su justificación política, como también en las normas internacionales. En nuestro caso, partimos del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Así, el principio de Estado de Derecho busca el sometimiento del poder punitivo al derecho; el principio de Estado social sirve para dar legitimidad a la función de prevención en función a la protección de la sociedad y el principio de Estado democrático pone al Derecho Penal al servicio del ciudadano. Dicho esto se evidencia que políticamente, el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva. A tal función punitiva del Estado se le pretende identificar como *ius puniendi*, pero la denominación es incorrecta. Esta función no puede concebirse como un

derecho, tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. A nuestro juicio, este Derecho Penal subjetivo (*ius puniendi*) no existe, pues hasta que no se dicte la norma que origina al Derecho Penal objetivo la posibilidad de castigar o prevenir aparece no como derecho (concepto jurídico) sino como potestad no mediatizada por la forma jurídica.

Cuando hablamos de limitar al poder punitivo se da pie para interpretar el problema desde dos ópticas antagónicas, a saber: o lo que se intenta limitar es el Derecho Penal mismo (respondiendo a una idea previa “reductora”) o bien lo que se intenta limitar es el poder estatal. Es dable destacar la importancia de la distinción pues el Derecho Penal es y fue siempre “el límite” al poder estatal; salvo que se admita, como resignadamente parece hacerlo Zaffaroni²⁰, que hay identificación entre Derecho y Poder; mientras que el poder estatal es “lo limitado”. Así; parece que la idea rectora de Von Liszt de la “carta magna”, habría fracasado pues es evidente que si se insiste en limitar al poder punitivo del Estado es porque la “carta magna” no lo pudo limitar. Pero todavía podría replicarse diciendo que lo que se busca no es el límite al poder punitivo del Estado; sino a la primer alternativa, esto es, limitar al Derecho Penal mismo. Ciertamente que, partiendo de los paradigmas Constitucionales, el Derecho Penal será un límite al poder punitivo del Estado. Pero para limitar al sistema punitivo en sí mismo se necesita algo más que aquellos paradigmas.

El garantismo y el paradigma del Estado de Derecho sugiere la misma idea reductora; pero no ya sustancialmente; pues “el primero (Estado de policía) presupone que la conciencia de lo que es bueno pertenece al grupo hegemónico y, por ende, tiende a una justicia sustancialista; el segundo (Estado de derecho) presupone que pertenece a todo ser humano por igual y, por ende, tiende a una justicia procedimental”.

Los límites “normativos”.

Las tentativas de limitar el Derecho Penal tienen, según creo, un factor común que es lo que ha determinado su infructuosidad; a saber: todas ellas ponen de

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Derecho Penal*, EDIAR 2000; Pág. 82.

relieve la limitación del poder punitivo mediante criterios “normativos”; sea que esos criterios se hallen “en un plano legal-infraconstitucional” (funcionalismo); o fuera de aquel marco legal pero dentro del plexo constitucional (garantismo e iluminismo). En otros términos; el límite puede venir dado por la “correcta interpretación del ámbito de protección de la norma penal” (funcionalismo); de una “adecuación correcta de los medios formales de aplicación del poder punitivo con la constitución” (garantismo); o bien de la misma Constitución (principio de legalidad como exigencia constitucional). Nos encontramos entonces con que la característica que tienen estos límites es que todos ellos provienen de un poder ya constituido y por tanto resulta que es el poder ya constituido el que tiene que limitar su propio poder punitivo mediante su propia voluntad, sea adecuando los ordenamientos procesales a las exigencias constitucionales; sea limitando las conductas incriminadas; o bien sentando criterios jurisprudenciales que permitan hacer aquella correcta interpretación reductora de los tipos penales.

Se ha dicho que el sistema penal tiene una funcionalidad política, idea de plano compartida por el funcionalismo, según la cual todo el Derecho Penal está orientado por criterios políticos-criminales. Es aquí donde encontramos la necesidad de hacer hincapié en que si no se desprende al Derecho Penal de su funcionalidad política, estamos imposibilitados de darle límites. Una cosa es que el Derecho Penal “esté siendo utilizado de una manera funcionalmente política”; y otra muy distinta es admitir que esencialmente tiene dicha funcionalidad. Lo que es “de lo óntico” (o mejor dicho es un dato fáctico concreto) es que el Derecho Penal se está desvirtuando pues se lo está usando político-funcionalmente; pero eso no significa que sea de la esencia del Derecho Penal el tener tal carácter. Justamente toda tentativa de limitar el poder punitivo del Estado debe primeramente deslegitimar ese uso que se le está dando; pues mientras eso no se haga, las “finalidades político-criminales” serán el único límite (rectius: no límite). Así, la “mano dura” podrá ser el rector de toda la interpretación “político-criminal”; cayendo en la paradoja de que el funcionalismo legitime un ejercicio irracional del poder punitivo (ciertamente contrario a sus fines).

El ejercicio irracional del poder punitivo debe limitarse, lógicamente, con criterios racionales; no políticos. Pues también el Estado Soviético tenía un Derecho Penal que era funcional a su política pero nadie estaría de acuerdo en admitir su racionalidad. Surge así que no puede admitirse un Derecho Penal político-funcional que no tienda a expandirse (al menos potencialmente); salvo que la propia ideología sea “reductora”.

Si realmente se quiere limitar el poder punitivo del Estado lo que debe hacerse es deslegitimar todo criterio político o normativo que oriente al sistema, pues en la medida que tales criterios nacen el Estado, nunca podrán limitarlo.

Los límites “reales”.

Debemos partir de la base de que el Estado es un ente natural y esencialmente superior al individuo y que, como tal, está dotado de una maquinaria punitiva para “controlar” los conflictos que en él se susciten. No debemos confundir la función esencial del Estado, esto es el Bien Común, con el uso que de él hacen los operadores políticos. Es falacia el deslegitimar al poder punitivo “del Estado” con fundamento en los errores o excesos en que han incurrido “los operadores políticos”. Estos, en tanto grupos de poder, han tendido históricamente a legitimar su propio “modus operandi” en el poder, y sus enemigos políticos lo han denunciado por aquel “modus operandi”. Pero no se trata aquí de denunciar modelos de Estado, sino de indagar hasta qué punto el “modus operandi” está legitimado y de acuerdo con aquella función esencial del Estado. En otros términos, ha habido y hay un exceso en la producción del Derecho Penal, exceso que se ha verificado en distintos modelos de Estado. De lo cual surge que la discusión no puede centrarse en torno al “Estado ideal”; sino al “ejercicio ideal del poder punitivo mediante una razonable producción de Derecho Penal”.

El problema radica justamente en que todos los pretendidos límites al Derecho Penal deben provenir de quien detenta el poder punitivo; pero como es evidente que aquél es una maquinaria más que útil para llevar adelante todo tipo de políticas, se desprende así que tales límites -si es que existen dentro del Estado- nunca serán reconocidos por él sin negarse a sí mismo (al menos como entidad “poderosa”). Es decir; que si el Derecho Penal necesita límites, éstos no pueden buscarse “dentro” del sistema estatal, pues siempre existirá la tendencia

a legitimizar el poder que se detenta; luego, los verdaderos límites del Derecho Penal existen en un nivel “supralegal” y “supraconstitucional”. Ni la ley ni la Constitución constituyen verdaderos límites al Derecho Penal pues a las leyes y a la Constitución se las “reforma” (o manipula) desde el propio Estado.

Así como a los expansores se les imputa solucionar el problema de la delincuencia en un plano simbólico, cayendo en un excesivo idealismo; también se nos puede imputar a los reductores el mismo idealismo, en tanto se pretende que firmando tratados sobre derechos humanos o dictando códigos procesales garantistas pondremos freno al poder punitivo. Es más, aunque se consiga, sólo se hará por un tiempo limitado mientras se respeten los verdaderos límites del poder; pero cesará en cuanto haya una voluntad de poder en el sentido opuesto, esto es, de expandir el Derecho Penal nuevamente. No es que la finalidad del garantismo sea incorrecta; todo lo contrario. Compartimos la preocupación por el respeto de las garantías de los imputados frente al aparato de criminalización secundaria y particularmente la finalidad de erradicar la selección arbitraria en contra del menos poderoso frente al aparato estatal. Pero sucede que debemos indagar mejor acerca del lugar en el cual pretendemos buscar los límites para conseguir el fin altruista que se ha propuesto. Pretender limitar al Estado desde su propio seno es como pedirle a un león salvaje que no coma venados en la selva. El león podrá no comer venados siempre que se lo saque de ese estado de salvajismo y se lo domestique dándole de comer carne de vaca, por ejemplo. Pero en el ámbito de salvajismo intrínseco en el cual se mueve el león es imposible ponerle límites; éstos sólo podrán serle impuestos en un zoológico; mas no en la selva. Así; los límites del Estado no están ni en la selva del legislativo ni en la de una Convención Constituyente; pues sus integrantes mismos son los “hijos del león” y los primeros interesados en comer carne de venado y no de vaca (es decir; expandir el poder punitivo para que haya demagogia).

Es dable destacar un hecho comprobable históricamente, a saber: la expansión del Derecho Penal es un fenómeno relativamente nuevo y que tiene como causa a aquélla complejidad propia de las sociedades postmodernas. De hecho, “en Alemania presenciamos desde los años 70 un continuo incremento de nuevas disposiciones penales en contra de la tendencia de la reforma del

Derecho Penal de aquella época basada en la de desincriminación”. No fueron los modelos de Estado de hace trescientos años los que expandieron el Derecho Penal; sino que la industrialización fue el factor determinante de la aparición de aquellos riesgos que “justifican” la expansión.

Debe insistirse en que si actualmente (aunque sea inmemorialmente) se está usando al Derecho Penal de manera funcionalmente política, eso es sólo circunstancial. No pertenece a la esencia del Derecho el ser un discurso justificador y una herramienta de poder; y en tanto se la use de esa manera no puede justificarse. Es necesario, según creo, el volver a los viejos Códigos Penales que contenían sólo una serie de “delitos naturales”. Los verdaderos límites estarán dados por el ser; por aquellos datos que el legislador humano no puede desconocer y no puede crear; sino sólo aceptar. El fundamento de lo expuesto es simple: “lo que por ley se hace, por ley se deshace”.

El Derecho Natural, en cuanto existe independientemente de cualquier reconocimiento estatal, es el único que puede poner un coto a la “inflación”. El principio de que la ley injusta no es ley; que al pobre y al débil deben protegérselos de manera privilegiada; que los ladrones de guantes blancos no pueden quedar impunes si el ladrón de gallinas está preso; etc. son verdades de Perogrullo pero que no siempre se escuchan. Es que el poder punitivo está, tanto ahora como históricamente, al servicio de sectores que pretendieron criminalizar a cierta clase de personas; llámense herejes, déspotas, nobles, judíos, comunistas, inadaptados al modelo industrial, etc. con la finalidad de controlar la sociedad. Así pues, la justicia intrínseca de la norma es un criterio determinante de la legitimidad del poder público, más allá del modelo de Estado que se adopte. En síntesis, no podemos buscar límites “para el Derecho Penal” “dentro del sistema estatal”; pues es el Estado quien lo produce y lo expande; si hay límites éstos están en otro lado. Además, no se puede seguir enrolándose en las filas de teorías formalistas que pretendan, por el sólo hecho de estar incorporadas en un Código, constituir un límite al Derecho Penal; pues debemos reformular a Von Liszt diciendo que “sólo la justicia material de toda ley penal constituye infranqueable barrera de la política criminal”. El fenómeno legislativo inflacionario, como ya se vio, tiene como una de sus manifestaciones el acuñar tipos que rozan la irracionalidad pues no protegen bienes jurídicos concretos.

Debemos compartir con Hirsch²¹ que la noción de bien jurídico es un dato fundamental para no pasar por alto los verdaderos límites del Derecho Penal; pero compartiendo también, y ésto es lo principal, la preocupación por la determinación o precisión del bien jurídico -justamente con la finalidad de crear tipos lo suficientemente cerrados para que no sean arbitrarios y, por ende, inconstitucionales-. De lo que se trata, según creo, no es de renunciar al delito para hacer frente a las “lesiones” de las nuevas sociedades; no se trata de reducir el Derecho Penal a lo que Hassmer²² denominó un “Derecho Penal nuclear”, sino de hacer frente a esas nuevas modalidades de delincuencia evitando la demagogia idealista que pretende erradicar esa nueva delincuencia (y también la “clásica”) con “papeles”, y debiendo delinear los bienes jurídicos de manera tal que el principio de lesividad no se vea avasallado. Si se pierde de vista esto, la política criminal, que no es manejada por los juristas, pasará por encima a cualquier pretendido límite.

El sistema represivo del Estado necesita un límite, eso no está en duda; lo que podrá discutirse es en dónde debemos buscarlos para que sean verdaderos límites y no meros “flatu vocis”.

Límites materiales o garantías procesales:

Principio de Legalidad.

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.²³

Este es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho. Esta violencia se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (torturas, ejecuciones

²¹ Hirsch; Hans Joachim; *“El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”*, Obras Completas; T II Pág. 61.

²² Hassemer, Winfried. "Alternativas al principio de culpabilidad". En: *Revista Ciencias Penales* N.3, noviembre 1990.

²³ nullum crimen, nulla pena sine lege

extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc.) deberá ser considerada conductas prohibidas.

El principio de legalidad limita el ejercicio de la función punitiva estatal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles, atendiendo al fundamental principio del Derecho Penal esbozado desde la época del imperio romano: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A partir de esta limitación, se constituye como una garantía de la administración de justicia la prohibición de la analogía, de manera que la pena sólo se aplica a los tipos de lo injusto taxativamente previstos en la ley penal sin que exista la posibilidad de aplicar analógicamente características descriptivas o normativas de los mismos.

Principio de prohibición de la analogía

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

Está prohibido aplicar por analogía la ley penal en perjuicio del inculpado. La prohibición por analogía supone que el juez no puede asumir función de legislador, por ende, esta prohibición se constituye como una garantía de la administración de justicia.

La analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía legis) o están deducidos de los principios generales del derecho (analogía juris).

La prohibición por analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (analogía *in malen partem*), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (analogía *in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos, de interpretación de la ley penal. Por ejemplo: interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales de exclusión de la punibilidad, aportándole garantía al proceso.

Sin embargo, no resulta fácil establecer una distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Una posición bastante difundida, considera que lo decisivo es el texto legal: todo lo que esté cubierto por el texto será

interpretación justificada, lo que no lo esté será interpretación analógica no autorizada si es desfavorable al autor. Debe respetarse, en todo caso, el “sentido literal posible” como límite extremo a esta interpretación. Pero la fórmula del sentido literal posible de los términos utilizados en el texto legal, tampoco es satisfactoria. Solamente una precisa descripción de la idea legal fundamental orientada a los hechos respectivos tipificadores de lo ilícito y de la culpabilidad, puede trazar los límites de la interpretación correcta. El texto legal brinda, en ese sentido, el punto de partida, aunque sin embargo, no constituye un criterio sólido.

Principio de irretroactividad

Este principio es el que nos lleva a la conocida irretroactividad relativa planteando que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, atendiendo a la más favorable.

Se excluye la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal (penas, características de los tipos de lo injusto, condiciones procesales y de ejecución penal, etc.) cuando son desfavorables al inculpado.

Principio de Necesidad o de Mínima intervención.

El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social para mantener el orden democrático y social establecido.

En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Es por esta razón que, este principio conduce irrevocablemente a la exigencia de la utilidad de la pena.

Al referirse a este principio, la jurisprudencia peruana expresa que “el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal es compatible con la del Estado Social, rechazándose la idea de un Estado represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente

necesaria, es decir, que sea inevitable para la protección del mismo ciudadano”²⁴.

Sabemos que la pena en todo ordenamiento jurídico-penal es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio (última ratio). Por ello, el Derecho Penal sólo debe intervenir en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los aquejan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de “programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”.

Es por todo lo antes planteado que, para que intervenga el Derecho Penal -junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales. Así, supondría una vulneración de este principio, si el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico que este siendo vulnerado.

Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite al mismo tiempo evitar las tendencias autoritarias y ubicar al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder punitivo, sino que las leyes penales, dentro de un Estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal al servicio de las personas protegidas por este. No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes. Estos límites a la función punitiva estatal, deben ser tomados siempre en cuenta por el legislador, puesto que un aumento exagerado de criminalización de conductas, puede convertir al Estado en uno

²⁴ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho y Sociedad. [en línea]. Perú 2005. [Consultado el 7 de febrero del 2010] Disponible en: [http://www. Derecho y Sociedad./Límites a la Función Punitiva Estatal.htm](http://www.Derecho y Sociedad./Límites a la Función Punitiva Estatal.htm)

policial en el que sería insoportable la convivencia. En este orden de ideas, este principio tiene derivaciones que deben ser tomadas en cuenta por el Estado cuando dispone intervenir y sancionar ciertas conductas.

Principio de Subsidiariedad

Se trata de la última ratio o extrema ratio, en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Por que los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social que impidan llegar a esta ultima ratio.

Así también lo cree la jurisprudencia con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones, ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación de que el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado; en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que sólo sea defendible por el Derecho Penal.

Principio de Fragmentariedad

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste fundamentalmente en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. Por lo que “el derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad”.

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se pueden seguir los siguientes fundamentos:

- En primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos.
- En segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico.
- Por último, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Este principio es una directriz política criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no serlos.

Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos.

Este principio en esencia nos plantea que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley penal que se encuentre vigente.

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica como ya hemos mencionado antes con la máxima "nullum crimen sine inuria".

El principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo; por lo tanto al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad parcial o relativa; en consecuencia para la configuración del tipo penal de hurto agravado es imprescindible individualizar al sujeto pasivo, titular del bien o bienes muebles afectados, de lo contrario resulta procedente, la absolucón en cuanto a este extremo se refiere.

Entonces evidentemente si se obviara este principio, el de intervención mínima sería un límite demasiado vago. Por el contrario, con la existencia de este principio se debe precisar qué es lo protegido y, con ello, el Estado intervendría limitando su función punitiva.

Cuando nos referimos a la protección de bienes jurídicos, no nos referimos a la protección de todos los bienes jurídicos. Por ello, aquí juega un papel importante el principio de fragmentariedad y de subsidiaridad.

Debe de tenerse en cuenta que la protección de bienes jurídicos no sólo se alcanza a través del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo ordenamiento jurídico.

La intervención del Estado sólo se legitima cuando protege intereses que deben reunir dos notas esenciales: primero, estos intereses deben ser abarcados por la mayoría de la sociedad y no una parte de ésta; y segundo, hay que tener en cuenta que una intervención penal sólo se justifica si se hace con la finalidad de, proteger bienes jurídicos esenciales para el hombre y la sociedad. Según el principio de lesividad, “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”.

Después de haber revisado estos particulares se hace necesario mencionar que este principio no sólo expone la función que debe cumplir el Derecho Penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además, este principio tiene una gran importancia en un Estado social, democrático de Derecho, ya que de él se desprenden de forma explícita e irrevocable las siguientes consecuencias:

-Primero, todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico.

-Segundo, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano. Por ello, las penas no deben recaer sobre el ejercicio de tal libertad; más bien debe ser lo contrario, es decir, sobre las que afectan el ejercicio de la independencia y autonomía ética, religiosa o política.

-Tercero, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretenda toda la sociedad y no un grupo determinado.

Origen y evolución del concepto

En épocas modernas, el concepto del bien jurídico, se origina como consecuencia del pensamiento de la Ilustración, bajo la influencia de la teoría del contrato social, que entendía al delito como lesión de derechos subjetivos. En esta orientación se encuentra Feuerbach, quien ubica como núcleo del delito la afectación de los "derechos externos".

Se debe al importante teórico J.M.F. Birnbaum²⁵ (1834) el desarrollo de una concepción material del bien jurídico, el mismo que superando las limitaciones de la protección de derechos subjetivos, propuso entender que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, que corresponden tanto a particulares como a la colectividad. Lo que desembocó en que a partir de Birnbaum se consideró como delito la lesión o la puesta en peligro de un bien que es garantizado por el Estado en forma igualitaria. Inicialmente, no era trazado como un límite al llamado *ius puniendi*. El bien jurídico no nació en el sentido político – criminal, sino en el sentido dogmático de objeto de protección elegido por la ley.

Posteriormente, y desde la perspectiva formal, Karl Binding²⁶ a través de su teoría de las normas entiende que el bien Jurídico quedaba establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico y no existía la posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho y del Estado.

El bien jurídico era creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección. Este criterio positivo-jurídico no es un límite del poder penal estatal, pues si el Estado es el único que determina el contenido de la norma jurídica, en el fondo no hay más límite que el propio Estado voluntariamente se da, así desaparece el criterio limitador a través del bien jurídico, y el concepto del bien jurídico sobra en este sentido.

Fue entonces que Franz Von Liszt, se dio a la tarea de elaborar un concepto material de bien jurídico. Para Liszt "bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Un concepto de bien jurídico determinado socialmente es anterior al derecho. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico"²⁷.

²⁵ Birnbaum, *Über das Erfordernis seiner Rechtverletzung zum Begriffe des Verbrchens*, *Archiv des Criminal –recht*, 14 (1834), pp. 149-194, especialmente pp. 166 y ss. 175 y s.

²⁶ Binding, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. T I primera edición, Leipzig, 1872, Pág. 187 y ss.

²⁷ Von. Liszt, F. "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft", en *ZStW*. T. VIII, 1888, Págs. 134 y sgtes.

Sin embargo y contradictoriamente, Liszt no desarrolló su programa que atribuía al bien jurídico esta función limitadora del poder penal estatal y tampoco dio contenido a los conceptos de "interés de la vida", "condición de vida", de manera que no precisaba qué intereses merecían ser protegidos o qué criterios ayudaban a esta selección. Después de Liszt, las corrientes doctrinales siguen dos caminos: los que destacan la naturaleza teleológica del bien jurídico y los que reconocen la lesión del deber como contenido material de lo injusto. En los años treinta del siglo pasado, el bien jurídico se convierte en un criterio de interpretación. Los neokantianos buscaron al bien jurídico en una realidad externa previa al derecho, situándola en el mundo espiritual subjetivo de los valores. Así, para Honig²⁸ el bien jurídico era una "síntesis categorial" cuya función es ayudar a la interpretación. La otra variante que se apoya en la lesión del deber, fue desarrollada por la Escuela de Kiel (Dahm, Schaffstein)²⁹ del nacional socialismo alemán, quienes a toda costa pretendieron negar el concepto de bien jurídico, reemplazándolo por el de infracción al deber, criterio que posteriormente abandonaron al alcanzar una fórmula que compatibilizó bien jurídico y nacional-socialismo (Schwinge y Klee, 1937-1938)³⁰.

Un tiempo más tarde Hans Welzel³¹ reelabora el concepto del bien jurídico y lo entiende como "todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones". Puede aparecer de las más diversas formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (la vida, el honor), como estado real (tranquilidad del hogar), como relación vital (matrimonio, parentesco), relación jurídica (propiedad, derecho de caza, o aún como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno). Welzel entonces precisaba que "la suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y, por eso, la significación de un bien

²⁸ Honig, R. "Kausalität und Objektive Zurechnung", en Frank Festgabe, Tübingen, 1930.

²⁹ Un enorme éxito tuvo la coproducción de estos dos autores que se perfilaban como los representantes de la nueva generación, DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberates oder autoritares Strafrecht*, aparecida en 1933, pero concebida en 1932. Véase también Dam, *Verbrechen and Tabestand*, 1935 ; y SCHAFFSTFIN, 1935

³⁰ Schwinge, 1938. Igual que Klee, ambos autores aseguraban que con el método teleológico «en verdad» podrían ser mejor realizados los intereses del legislador, lo que nadie les discutía, cfr. DAHM, 1938, pp. 225 y ss.

³¹ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, Parte General*, 11 ed., Chile, 1970 (traducción Juan Bustos Ramírez _ Sergio Yañes Pérez), p. 11.

jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social"³². Así, alejaba el bien jurídico del derecho e incluso del Estado, como lo hizo Liszt. Pero también afirmaba que "la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares". Al considerar que lo fundamental son los valores ético-sociales, se aproxima a los conceptos de Binding. "El bien jurídico en Welzel no tiene una función autónoma dentro del Derecho Penal, carece de relevancia propia para la configuración de una teoría del delito (del delincuente) y de la pena. Sólo la norma y con ella los deberes ético-sociales tienen importancia. En definitiva, desde un punto de vista dogmático, de la teoría del delito, Welzel aparece como un continuador de Binding y en caso alguno de Von Liszt a pesar que haga un rescate realista del bien jurídico"³³.

Viendo como se desarrolla la Justicia Penal en momentos de transformaciones y reformas progresistas como las que está viviendo el proceso penal en nuestros días, es de vital importancia profundizar en el estudio de soluciones que permitan hacer de éste un recurso de última ratio en toda la extensión de la palabra. Esto reforzaría el sentido garantista que debe tener el mismo, así como el protagonismo de las partes a la hora de resolver sus controversias, particular que se debe tener en cuenta siempre que hablemos de reducir los efectos estigmatizantes de las penas privativas de libertad por delitos menores, de ahí que se abogue tanto en estos tiempos, marcados por el desarrollo abrumador de nuestra sociedad, por la incorporación de estas medidas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos.

³² Welzel, Hans, op. cit. p.11 ss

³³ Welzel, Naturalismus and Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen uber die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935, recogido también en la recopilación de 1975. Este trabajo de Welzel fue citado elogiosamente, por ejemplo, por Gallas en Gleispach-Festschrift, 1936, p. 55 (nota 13).

Capítulo II: El Principio de Oportunidad y las Vías Alternativas a la solución de conflictos penales.

Los principios fueron transitando y recogidos en diferentes pactos, tratados y demás ordenamientos jurídicos internacionales siendo el más universal y aceptado en la mayoría de estos cuerpos legales el principio de legalidad el cual se convirtió en el paradigma o ideal de todos los tratadistas que al respecto estudiaron el tema, en ese mismo decursar del tiempo de aplicación y principios como el de oportunidad que muchos consideraron opuesto al de legalidad, mientras algunos lo valoran como complemento de ésta, así también muchos lo ven como dos principios que relacionados pueden coexistir perfectamente.

El nacimiento del Estado marca el arribo de una nueva forma de solución de conflictos. “Como el político ahora centralizado y vigoroso, monopoliza la violencia legítima, soluciona también el posconflicto social, sin permitir que se arribe a la lucha entre los contendientes”.³⁴ Desde el punto de vista material, la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quién lo encarna (El papa ó el Monarca) nace la coacción estatal, y con mayor propiedad en la rama del derecho que nos interesa, la pena estatal muy ligada a los principios de la moral dominante.

Desde el punto de vista del procedimiento, nace una organización estatal específica, encargada de reaccionar directamente en estos casos y los protagonistas del conflicto pierden su importancia: “ su voluntad nada soluciona, al menos en los casos en los cuáles la acción conflictiva pone en peligro la paz entre los súbditos y la forma concreta que adopta la organización social”.³⁵

El Derecho Penal pasa a constituir, antes que una forma de solucionar un conflicto social, una forma de ejercicio del poder político; crea un nuevo poder penal del Estado, máxima expresión de la violencia legítima por el orden jurídico, representada esencialmente por la pena estatal y también por otras autorizaciones coercitivas, incluso procesales que desplaza la voluntad de los

³⁴ Maier B J, Julio: Los Proyectos para las reformas del sistema penal, Marzo de 1972, Pág.

147

³⁵ *Ibíd.*

protagonistas del conflicto, para realizarse por si mismo, y a las formas naturales de solucionarlos racionalmente entre ellos, al punto de inhibir esa solución.

2.1 Definición conceptual y esencia del Principio de Oportunidad.

Desde los primeros tiempos el acusado podía ser condenado con base en su confesión al reconocer que él había cometido los hechos que se le imputaban, lo que permitía no llegar a juicio. Ésta era la peculiaridad por la que se distinguían los sistemas anglosajones de los continentales, donde alguien que había sido acusado de un delito podía confesar, pero ello no obstaba para que se celebrara el juicio³⁶.

Esta clase de negociaciones aplicable a todos los delitos fue controvertida en los primeros momentos y hasta en la Enmienda XIV a la Constitución de los EE UU, introducida para abolir la esclavitud en los Estados del Sur, se prohibía privar a una persona de su vida, libertad o propiedad «sin el debido proceso legal». Pero a finales del siglo XIX y principios del XX pasó a ser considerada la negociación para evitar el juicio como el modo normal de resolución de los casos debido a lo costoso de los juicios y al tiempo que necesitaban para celebrarse así como a la incertidumbre que suponen para el acusado.

El imperio de la Ley, como modelo normativo históricamente se remonta a los ideales de la Revolución Francesa, influencia iluminista que alcanzó todo el universo jurídico y modificó la organización político-institucional. Encomendar al Parlamento la voluntad popular, como centro de formulación de las leyes y reconocer a éstas como instrumento racionalizador por excelencia, constituyó un cambio radical que permitió salvaguardar las libertades individuales de los ciudadanos. El principio de legalidad vino a expresar la consagración al más alto nivel normativo de la principal garantía que tienen todos los hombres en condiciones de igualdad, frente al poder del Estado.

³⁶ La necesidad de juicio en España para poder valorar una confesión prestada en el sumario aparece, por ejemplo, en la STC 80/1991 que, recogiendo la doctrina sentada en las SSTC 80/1988, 201/1989 y 161/1990, admitió que las declaraciones autoinculpatorias de los acusados, reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitieron a la defensa de los acusados no sólo su exacto conocimiento sino su contradicción efectiva, podían constituir prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia.

Esta protección se manifiesta desde un aspecto sustancial, cuando se prohíbe cualquier injerencia Estatal arbitraria, ya sea porque no ha existido en forma previa al hecho una ley en donde expresamente se consigne la conducta estimada disvaliosa o porque en ella no haya sido especificada la sanción amenazada para quien cometa la infracción. Y desde el plano adjetivo, cuando obliga a los organismos del Estado a someterse al imperio de la ley en todo lo relativo al procedimiento que se desarrolle para determinar la procedencia y aplicación de la pena³⁷.

Hasta hace no mucho tiempo el sometimiento al cumplimiento irrestricto de la ley en lo que hace al proceso penal, tornaba imposible admitir conciliación alguna con la incorporación jurídica de instituciones concebidas al amparo del Principio de Oportunidad.

En ese entonces se creía que una decisión en tal sentido significaba lisa y llanamente la violación de las propias raíces en que se sustenta la pirámide normativa, violentándose así otros postulados tan fundamentales como: la justicia y la igualdad ante la ley.

Sin embargo, de modo contrario, existe otra posición jurídica a la referida, que sin desconocer la existencia del principio de Legalidad, admite la vigencia, en determinados casos del Principio de Oportunidad.

Principio de Oportunidad

Hablar de antecedentes del Principio de Oportunidad implicaría, de alguna manera, recordar momentos históricos en los que el sistema jurídico no respondía a las necesidades que el Estado tenía en cuanto al control punitivo, eficaz y oportuno. Es así que en tales circunstancias debían asumirse diversos criterios de simplificación que permitieran corregir los excesos disfuncionales del sistema legal preponderante, permitiendo con ello no sólo dar eficacia al sistema, sino, llegar oportunamente al destinatario del mismo. En tal sentido, históricamente y en el ámbito penal encontramos que los criterios utilizados han sido en su generalidad de carácter represivo, ya sea cuando se resumía el proceso a la sola confesión del imputado o cuando bastaba un elemento

³⁷ De ahí que se hable de legalidad sustancial (*nullum crimen, nulla pena sine lege*) y de la legalidad procesal. Vid: Vazquez Rossi, J. E.; *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Ed. Rubinzal-Culzoni, mayo de 1997, p. 80.

subjetivo adicional a la imputación para causar los radicales efectos de, sin más, culminar el proceso.

Los ejemplos históricos, en ese sentido, salen sobrando, baste recordar que la tortura era el instrumento de simplificación procesal por excelencia en la época de la Inquisición. Conforme pasaba el tiempo y las sociedades progresaban comenzaron a instalarse y perfeccionarse las diversas garantías y derechos en la administración de justicia, esto provocó la formación de sistemas procesales que permitieron dar cabida a los mismos, sin embargo y de manera paralela, la densidad poblacional, la pérdida de valores y el incremento de necesidades de consumo provocaron el aumento de la criminalidad y con ello sobrecargaron y congestionaron el desenvolvimiento del sistema, de tal forma que fueron apareciendo nuevamente criterios de oportunidad, empero, esta vez basados no en aspectos represivos, sino, en el instituto de la conciliación.

El Principio de Oportunidad se encuentra regulado por dos grandes sistemas. El Sistema de Oportunidad Libre o Amplio, seguido por los países anglosajones como por ejemplo Estados Unidos. En este sistema el Fiscal ejerce la acusación luego de negociar con el acusado o su representante legal sin sujetarse a ninguna regla preexistente. El Juez penal se sustrae al conocimiento de los hechos y su papel se limita a decidir sobre los términos de la negociación. Y, de otro lado, el Sistema de Oportunidad Reglada, propio de los países europeos como Alemania, Italia, Francia, Holanda, Portugal, España, etc. En este sistema la ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y decidirse por el archivamiento del caso. Como uno de los tantos modernos instrumentos para obtener celeridad procesal, este sistema es el que se encuentra más difundido, y en el que los supuestos de aplicación son también más diversos. Este sistema, pues, atiende a consideraciones como la relación entre el autor y el hecho o entre el autor y su víctima, así como el interés del Estado.

No es posible conceptuar el Principio de Oportunidad en forma similar a como se hace en la doctrina de los países que siguen el modelo de justicia criminal angloamericano, es decir, en sentido amplio, pues el Principio de Oportunidad supone la discrecionalidad de la actuación en la persecución penal; es decir, la

libertad absoluta para decidir sobre el ejercicio de la acción o de la acusación penal. De tal manera, que el Principio de Oportunidad sólo se puede conceptualizar en forma restringida, teniendo como punto de referencia el Principio de Legalidad, asumiéndolo como excepción de éste.

Esta nueva figura es, sin lugar a dudas, la punta de lanza de un verdadero proceso de reforma de la administración de justicia. En efecto, no se exagera cuando se afirma que la definitiva instalación de este criterio de justicia y de simplificación procesal en el ordenamiento y práctica cotidiana de los Fiscales, cuyo antecedente más idóneo se encuentra en el instituto de la conciliación, permitirá no sólo llegar sin proceso a los destinatarios del Derecho Penal, sino evitar y erradicar la saturada carga procesal y penitenciaria, posibilitando con ello una mejor calidad de justicia para todos, especialmente para la víctima, tan venida a menos en el proceso penal. No obstante, quizás sea su mejor virtud la que provoque su mayor oposición, pues una de las mayores críticas al Principio de Oportunidad es producto del temor de quienes conceptúan que las decisiones finales deben salir del proceso y estar éstas siempre en manos de los órganos jurisdiccionales.

2.1.1 Algunas conceptualizaciones, sus clases y formas de manifestación. “El Principio de Oportunidad es la FACULTAD que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”³⁸.

"El Principio de Oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales"³⁹.

³⁸ Gimeno Sendra: José Vicente: Derecho Procesal Penal. Tirat Blanch. Valencia 1993. Página 53.

³⁹ Maier, Julio B. J: La víctima y el sistema penal, en “De los delitos y de las víctimas”. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc. 1992 página 109.

Por Principio de Oportunidad debemos entender aquel que permite al Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza, según la concepción de Roxín. Este autor conceptúa el Principio de Oportunidad relacionándolo con el Principio de Legalidad. “Tal relación es de excepción y, de esta manera, el Principio de Oportunidad es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso- cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad ha cometido un delito”⁴⁰.

“Las recomendaciones del Consejo de Europa para la totalidad de sus estados miembros, tiene como Principio, -el de oportunidad-, que viene entendiéndose como la facultad que le asiste al titular de la acción penal (Ministerio Público Fiscal) para disponer, bajo ciertas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor o varios determinados”.⁴¹

El principio oportunidad, como lo plantea el Dr. Carlos Alberto Torres Caro, “es un postulado rector que se contrapone excepcionalmente al principio de legalidad procesal, corrigiendo su exceso disfuncional, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal, titular de la acción penal, a decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante hechos delictuosos con autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, un grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, y, asimismo, promover bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio que el Derecho Penal

⁴⁰ Roxin Klaus: La reparación en el sistema de los delitos y de las penas. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1992. p 154.

⁴¹ Mangiafico, David: Figuras Acercadas a la Aplicación: Criterios de aplicación en el Proceso Penal. [en línea]. Perú 2004. [Consultado el 3 de febrero del 2009] Disponible en www.inalut.org.

no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima”⁴².

Clases

Principio de Oportunidad rígido: es cuando dentro de la legislación se estipula una serie de condiciones para su aplicación y además se articulan expresamente los tipos penales que pueden ser materia de éste principio de tal forma que la norma prescribe la forma, modo, circunstancia y tipos penales aplicables.

Principio de Oportunidad flexible: es cuando dentro de la legislación se estipula si bien condicionamientos para su aplicación, estos son de carácter general inocuo a tan grande liberación y decisión de la autoridad encargada de aplicarlo, además la norma no prescribe tipos penales aplicables, sino supuestos de carácter interpretativo.

Formas de manifestación

Principio de Oportunidad extra proceso (antes del proceso):

Como nos indica Oré Guardia, “equivale a la extensión de la acción penal y se opone al principio de inevitabilidad de la acción penal. Esto se verifica en etapa fiscal, requiriendo ser un supuesto previsto en ley, causa probable de imputación, consentimiento expreso del imputado y, en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido. La extensión de ejercitar acción penal se resuelve por medio de un auto fiscal. Sin embargo, uno de los requisitos para la aplicación del Principio de Oportunidad es que se llegue a un acuerdo (transacción) con el agraviado, que puede ser deducida como excepción de transacción en un eventual proceso por responsabilidad extra contractual”⁴³.

Principio de Oportunidad intra proceso (durante el proceso):

Se verifica en etapa judicial, requiriendo ser un supuesto previsto la ley, el expediente penal con realidad del delito y vinculación del autor, la solicitud del imputado y el dictamen del fiscal proponiendo la juez la aplicación del referido

⁴² Carlos Alberto Torres Caro: El Principio De Oportunidad: un criterio de justicia y de simplificación procesal. Administración de empresas librería editorial S.A., Lima, Pág. 16

⁴³ Oré Guardia, Arsenio: "Manual del derecho procesal penal"; editorial alternativas SRL. Primera edición; Lima Perú 1996. Pág. 34.

principio y, en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de autoridad en este sentido.

En suma, el Principio de Oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, bajo determinadas condiciones de abstenerse de su ejercicio, o en su caso, de solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos, además cuando existan algunos elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio.

2.1.2 Requisitos

Para la aplicación de este principio, el Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando concurren ciertos requisitos exigidos por la norma, pudiendo ser éstos, concurrentes o excluyentes entre sí, tales como:

A) Convencimiento del delito.

Es decir que de la investigación preliminar o judicial surjan suficientes e idóneos indicios de la existencia del delito y la vinculación del denunciado en su comisión; caso contrario, deberá archivarse definitivamente.

B) Falta de Necesidad de Pena.

Se dan en aquellos casos en que el imputado ha sido afectado gravemente, sea física o psicológicamente, a consecuencia del delito que él mismo provocó, consecuentemente ya no sería necesario aplicar una pena.

C) Falta de Merecimiento de Pena.

Que, el delito sea insignificante o poco frecuente y, que a su vez, éstos no afecten gravemente el interés público. (También llamados delitos de bagatela o de poca monta) (La pena privativa de libertad debe estar conminada en su extremo mínimo, por no más de dos años)

D) Mínima Culpabilidad.

Cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas entre otros factores, a los móviles y finalidad

del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión. Se tendrá en consideración, además, aquellos supuestos vinculados a las causas de inculpabilidad incompletas, al error (de tipo y de prohibición vencibles y comprensión culturalmente condicionada disminuida) y al arrepentimiento sin éxito; la contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria; (en estos casos no se exige que la pena mínima sea dos años, sino pueden ser de mayor gravedad).

E) Consentimiento del Imputado.

Que, el imputado 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.

F) Exclusión de Funcionarios Públicos.

En ningún caso puede aplicarse estos supuestos con funcionarios públicos en ejercicio de su cargo. Es decir está expresamente excluido el imputado que sea funcionario público y el delito cometido haya sido cuando se encontraba en ejercicio de una función pública.

G) Obligación de Pago

Que, el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es la restitución del bien, o en su caso el pago de su valor, y además la indemnización por los daños y perjuicios; o en todo caso, se hayan puesto de acuerdo el referido imputado con la parte agraviada. Cabe precisar que en los casos de falta de necesidad de pena no es necesaria la exigencia del pago de la reparación civil.

2.1.3 Objetivos

1. Es una posibilidad de desarrollo de la política criminal, desde una modificación procesal de la inflexibilidad de la legalidad procesal en beneficio del imputado, de la víctima y la celeridad de la Administración de Justicia.

2. Su principal cometido es formalizar el proceso de selección de las causas penales y liderar un proceso de desarrollo del proceso penal que conduzca a la aceleración de la Administración de Justicia y a la protección de los derechos del imputado frente a la comisión de delitos de bagatela y mínima culpabilidad, cuya reacción penal no se condicione con los fines modernos que se atribuye a la pena, ni con las modernas tendencias de la política criminal.

3. No habrá infracción alguna a la igualdad con la incorporación de Criterios de Oportunidad, siempre que existan, tanto en su regulación como en su aplicación, una justificación objetiva y razonable. Esto es, éste se convierte en expresión del Principio de Igualdad, en la medida que su tratamiento –objetivo y razonable- persigue la consecución de intereses públicos de especial relevancia –eficacia de la Administración de Justicia, criterios de proporcionalidad, derechos del imputado- donde existe un trato diferenciado a situaciones en sí mismas diferenciadas, esto es, igualdad ante la ley en su real dimensión. Cabe precisar que la afirmación ciega del Principio de Legalidad procesal, lejos de afirmar el Principio de Igualdad ante la ley, lo lesiona, en la medida que la selección se oculta o se disfraza por el peso de la regla de legalidad, encubriendo un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrario al Estado de Derecho.

El fundamento del Principio de Oportunidad radica en las diversas consideraciones como es la escasa relevancia social que supone la comisión del delito, y en los que la pena carezca de significación; además de la pronta reparación civil a la víctima sin mayores dilaciones, que en muchos casos requiere; la personalidad del agente, con la finalidad de evitar efectos perjudiciales con tendencia criminógenos contra su persona a consecuencia de una pena corta que le prive de su libertad; aunado a otros principios penales, es que emerge un espíritu despenalizador del nuevo sistema cautelar judicial.

El Principio de Oportunidad rige en aquellos procesos en los cuales el interés predominante es el del individuo. Este principio aparentemente colisionaría con el principio de legalidad, en vista que el interés que está en juego, es generalmente público. Sin embargo esto no significa desconocer la existencia de aquellos delitos en los cuales el ejercicio de la acción penal es privado y en

otros casos en que el interés público a la persecución del delito es mínimo, por ser mínima o insignificante la afectación a los bienes jurídicos. En todo caso, son razones político criminales las que han llevado al legislador a establecer algunos criterios de oportunidad en base a los cuales el Fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal. Debiendo aplicarse siempre dentro del marco de lo prescrito legalmente, es por ello que no colisiona con el principio de legalidad, tan solo mitiga dicho principio.

El Principio de Oportunidad rige notoriamente en el proceso civil, pues el titular del derecho privado perturbado puede emplear diversos mecanismos para el adecuado restablecimiento del mismo, por ejemplo, celebrar una transacción extrajudicial o someterse a un arbitraje, de tal suerte las partes deciden en base a su conveniencia u oportunidad si sus intereses serán tutelados por el órgano jurisdiccional o no. Por decirlo de otra manera, el proceso, cuando en él se conozca de pretensiones de carácter privado, nunca será iniciado de oficio porque al órgano jurisdiccional no le compete la iniciativa procesal en estos casos. La discrecionalidad que tiene el titular de la acción penal reside en la necesidad de establecer condiciones legales que deberán ser correctamente interpretados o determinados. En ese sentido, como ya lo mencionamos, su fundamento radica en la escasa relevancia social de la infracción o en la personalidad del agente infractor.

2.1.4 ¿Existe realmente una antinomia entre el Principio de Legalidad y el Principio de Oportunidad?

A fin de esclarecer la cuestión debemos acordar cuál es el sentido y alcance que debe darse al Principio de Oportunidad. No obstante la diversas conceptualizaciones realizadas acerca del mismo,⁴⁴ siguiendo a Cafferata Nores podemos definirlo como: *“la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla*

⁴⁴- Anitua, G. y Borinsky, M.; “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos,” en *Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad Hoc. 1999, p. 450-451.

*cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”.*⁴⁵

Es claro entonces, que la esencia de la distinción entre legalidad y oportunidad radica en la facultad que se le reconoce al funcionario público titular de la pretensión penal, de adoptar decisiones discrecionales en cuanto a su ejercicio y persecución. Ello se encuentra proscripto bajo la órbita del primero y, por el contrario, constituye la característica definitoria por excelencia de éste último.

La oposición que entraña el principio de legalidad con aquél del cual deriva el poder de disposición de la parte acusadora sobre la acción⁴⁶ se encuentra justificada en cuanto a que ambos, dado sus distintos presupuestos son expresión, en sentido estricto, de lógicas antagónicas.

En el primero, se exalta la idea de seguridad de las libertades individuales frente al poder de intervención del Estado y de la seguridad de la reacción frente al delito y en el segundo, la satisfacción de necesidades preventivas orientadas a reconstruir los vínculos sociales dañados.

2.2 El Principio de Oportunidad como garantía de la intervención mínima del Derecho Penal y de la Pena Privativa de Libertad.

El principio de Intervención mínima reserva la aplicación del Derecho Penal para aquellas situaciones en las que la ausencia de alternativas sancionadoras eficaces se revela como la única respuesta contra aquellas conductas antisociales que afectan a los bienes jurídicos objeto de protección. Los tiempos cambian y con ellos la sociedad y en consecuencia lo que la misma considera digno de protección por la vía del Derecho Penal.

⁴⁵- Cafferata Nores, J.; “El principio de oportunidad”, *en Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Bs. As, 1997, p. 16.

⁴⁶- Atento la propia naturaleza del proceso según la regulación legal que se realice puede suponer el otorgamiento al órgano judicial de facultades en cierta medida también dispositivas. Cfr.- Vecina Fuentes, J.; “El principio de oportunidad en el proceso penal Español,” *II Congreso internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito*. (septiembre de 1997), Ed. Universidad pontificia Católica del Perú, 1997, p. 296.

Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe tener carácter de última *ratio* por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los *más importantes* frente a los ataques *más graves*.

El Derecho penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (*carácter fragmentario* del Derecho penal) y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (*naturaleza subsidiaria*).

El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que “el Derecho Penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”⁴⁷.

Hemos de preguntarnos cuál es su sentido jurídico, ésto es, en qué medida cobra significación a la luz de la dogmática. Es muy ilustrativa al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de ocho de enero del año 2004, cuyo ponente fue el Excelentísimo señor don José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, actualmente magistrado del Tribunal Supremo. Se transcribe, a continuación, uno de sus pasajes más ilustrativos: El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el Derecho Penal:

a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) El ser un derecho subsidiario que, como última *ratio*, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

⁴⁷ Blanco Lozano, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*. Editorial La Ley. 2003. p 107

El carácter doblemente fragmentario del Derecho Penal, al que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario.

El punto de partida, pues, es el principio de proporcionalidad. Hoy día no se concibe como una ponderación abstracta entre el peso de las respectivas magnitudes de la pena y del delito. O sea, que hemos de desterrar la imagen de una balanza en cada uno de cuyos platillos se posara la infracción penal y su sanción, hasta alcanzar una especie de equilibrio ideal entre ambos. El objetivo es la búsqueda de la eficacia. La pena será proporcionada en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira. Todo lo que rebase ese umbral será superfluo y, por ende, desproporcionado. Por eso se habla de que son corolarios suyos los principios de “necesidad” y “utilidad”. Sus límites se exceden cuando se produzca una inadecuación clara entre el medio empleado y las finalidades obtenidas. Este planteamiento permite percibir la esencia de la intervención mínima. Ha de ser “mínima” en tanto que la represión criminal no se presenta como un fin en sí misma, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos. Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido. He aquí uno de los componentes del principio de intervención mínima: la fragmentariedad. Es decir, que el Derecho Penal no protege todos y cada uno de los bienes jurídicos, sino sólo los más preciados.

“En el campo del Derecho Penal la alternatividad puede tener una significación débil o fuerte, esto es, que puede implicar la implantación de las penas o medidas sustitutivas aspecto débil del principio, ya que la pena sustitutiva puede volver a la pena privativa de libertad, o bien un carácter fuerte, cuando se imponen penas o medidas alternativas propiamente tales, éstas son las que en ningún caso retornan a otra pena.”⁴⁸

⁴⁸ Busto Ramírez, Juan: Relaciones entre Derecho Penal, Procesal Penal y de Ejecución Pág. 2

La aplicación del criterio de oportunidad podrá darse desde que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta el comienzo del debate; no obstante lo más conveniente es que su aplicación sea lo más rápido posible ya que de lo contrario uno de los objetivos de esta figura, como lo es la descarga de trabajo para el Ministerio Público quedaría prácticamente sin efecto.

Los argumentos de quienes lo defienden se sorprenden de las propias ventajas del Principio de Oportunidad, las cuáles hemos ido relacionando en el curso de este trabajo, resumiéndose en los siguientes:

- Contribuye a la descongestión de los órganos encargados de administrar justicia, así como a la eficacia y la celeridad en la solución de los conflictos sociales.
- Los órganos jurisdiccionales dedican mayor atención a los delitos de elevada gravedad previstos en las normas.
- El estímulo a la pronta reparación del daño ocasionado a la víctima.
- Ante la incuestionable verdad de que no siempre se logra la reinserción social del imputado mediante la privación de libertad, se evitan los efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad fundamentalmente de jóvenes que tras el cumplimiento de éstas se convierten en verdaderos delincuentes.
- En delitos que lejos de ser objeto de tratamiento penal, deberían serlo del Sector de Salud Pública, como el consumo de droga, se logra la rehabilitación del delincuente mediante el sometimiento voluntario a un proceso de readaptación y de desintoxicación.
- Se logra en determinados casos incriminar a los delincuentes intelectuales de mayor gravedad que algunos ejecutores directos e indirectos en crímenes que por su organización resulta difícil determinarlos.
- Posible solución ante la inevitable violación del principio de legalidad por la imposibilidad de perseguir todos los delitos que se cometen.

Éstas y muchas otras son las ventajas procesales que pudiéramos argumentar para considerar que el Principio de Oportunidad adaptado a la realidad del sistema de enjuiciar del que se trate, a la realidad social que se sostenga y en

correspondencia con ella el respeto a todos los principios tradicionales por los que se rige el proceso penal como límite propio del *ius puniendi* y también del propio Principio de Oportunidad es que consideramos que éste sí puede ser perfectamente utilizado, y su correcta aplicación depende de los técnicos encargados de hacer racional y humanista el mismo.

Al respecto refirió el profesor Julio B. J. Maier en una entrevista que se le realizara sobre las reformas procesales de América Latina.

“La respuesta depende del vaivén político de cada funcionario que trata el caso: del Policía que decide perseguir a éste y no al otro, que a un ladronzuelo lo larga y a otro lo aprende; pasando por el Ministerio Público que decide perseguir ciertos hechos y a otros los deja para después y terminando con los Jueces que “cajonean” expedientes es decir cada uno toma su propia decisión de oportunidad consciente o inconsciente.

Esta afirmación del profesor Julio B. J. Maier demuestra la necesidad de que la única forma en que los operadores del sistema no desvirtúen en su aplicación el sentido y alcance del principio de la oportunidad estableciendo los límites de su aplicación, centralizados en uno de estos operadores de acuerdo con las facultades que la propia ley disponga a cada uno de ellos y siempre con la revisión y aprobación de un funcionario u operador diferente del que tomó la decisión; lo que vendría a llamarse o conocerse en la doctrina como Principio de Oportunidad reglado de manera que su utilización sea racional y equitativa.” Como bien afirma Hans-Hunridch: “constituye un signo del cambio espiritual que se ha producido desde la mitad del presente siglo en la actividad entre la criminalidad y ante las posibilidades y métodos para combatirla”.⁴⁹

2.3 Justificación del Principio de Oportunidad en el derecho comparado.

El aumento de la criminalidad, particularmente de los delitos menos graves, se plantea en Europa a partir de la primera guerra mundial, y especialmente después de la segunda confrontación, por las circunstancias socioeconómicas imperantes que trajeron consigo un aumento de delitos de índole patrimonial y

⁴⁹ Hans- Hunridch, Leschek: Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reformas del derecho Penal. Edit. Centro de derecho de autor. La Habana 1996. Página 11.

económica que eran por lo general de pequeña cuantía pero de frecuente comisión⁵⁰. Es entonces cuando los Estados comienzan a buscar fórmulas adecuadas para poder resolver sin dilaciones este gran número de casos y evitar la paralización de la Justicia.

Tal situación, la resaltan los autores, refiriéndose a todos los ordenamientos jurídicos de las sociedades avanzadas en los que «se da el fenómeno común de no poder hacer frente jurisdiccionalmente a todas las manifestaciones ilícitas existentes», por lo que los distintos Estados se encuentran en la tesitura de crear un sistema que sea capaz de dar una respuesta rápida y eficaz a tantos ilícitos punibles⁵¹. Se elucubra con la descriminalización de conductas, y se buscan las más diversas soluciones.

Una de ellas, es la de introducir el Principio de Oportunidad, en mayor o menor intensidad para conseguir, negociando con el acusado llegar, en su caso, a una condena sin necesidad de abrir el proceso. Por eso ha podido decir Ruiz Vadillo⁵² que «el referido principio (de oportunidad) ha nacido no para perfeccionar humana y técnicamente la justicia penal, sino para aligerar el número de casos que llegan ante los tribunales».

Cosa distinta es que después y a lo largo de la experiencia adquirida se hayan tratado de extraer del citado principio o se hayan encontrado en él, valores superiores con los que mejorar la aplicación del Derecho Penal, como pueden ser una más adecuada y fácil prevención especial, la disminución de la estigmatización que produce el proceso, o la pronta satisfacción a las víctimas.

Lo cierto es que, en tal tesitura se vuelven desde Europa los ojos hacia el sistema anglosajón y así Alemania, Italia o Portugal introducen en sus ordenamientos matices del Principio de Oportunidad que después veremos.

⁵⁰ Armenta Deu, Teresa: «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España», *PPU*, 1991, p. 23.

⁵¹ Rodríguez García, Nicolás: *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, pp. 120 y ss.

⁵² Citado por Lanzarote Martínez, Pablo A., en *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 1996, p. 175.

Llegados aquí, creo necesario hacer un alto en el camino para reflexionar sobre cómo debemos precisar el concepto de oportunidad, pues no todos los que estudian este principio le dotan del mismo contenido, probablemente, porque no en todas partes se viene aplicando ni entendiendo igual ni con la misma extensión; lo vamos a comprobar, en cierto modo, en el derecho comparado que veremos de la Europa continental.

La cuestión es importante pues muchos autores aluden a determinadas instituciones penales o procesales (la denuncia como requisito previo para perseguir el delito, la suspensión de la ejecución de penas, etc.) como manifestaciones del Principio de Oportunidad cuando en mi opinión, y en la de muchos más, dicha inclusión constituye una exagerada dilatación de aquel principio o simplemente se trata de nuevos criterios asumidos (muchas veces por otras razones y finalidades) por el legislador en las sucesivas reformas que acomete.

En Alemania, se pueden acordar sobreseimientos con base en la escasa lesión social producida por la comisión de un delito, y ello por **la falta en el interés público de la persecución penal**. Así pues los arts.153 y 154 StPO (*Strafprozeßordnung*) introducen el Principio de Oportunidad de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad (no persecución de asuntos de poca importancia, archivo del asunto en el caso de cumplimiento de determinadas condiciones, abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, etc), y ello a pesar de que su actuación está sujeta al principio de legalidad, ya que con la reforma del 9 de diciembre de 1974 , “Gran reforma del proceso penal “, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular ni la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada por el Ministerio Fiscal. Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. En este país, el Ministerio Público goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del

Poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía, como ocurre en España.

Tras la reforma del Código Procesal Penal Italiano de 1930 (Código Rocco) por el nuevo de 1988, que entró en vigor en 1989, el Ministerio Público monopoliza el ejercicio de la acción penal mediante el ejercicio de la acusación obligatoria, manifestación del principio de legalidad procesal. Pero un ejercicio de esta naturaleza produce necesariamente muchos procedimientos y muchos juicios, con el consiguiente retraso en las decisiones de la Justicia y su encarecimiento. Por eso, como compensación al principio de legalidad y obligación de juzgar los hechos delictivos, se comenzó en los años 1980 tomando medidas legales de despenalización de determinadas conductas y de creación de ilícitos administrativos para después pasar a la regulación de un tipo de proceso denominado «*patteggiamento*» encuadrable en el modelo denominado «*Istruzione senza dibattimento*» que consiste en que antes de que se produzca la apertura del juicio oral puede el Ministerio Fiscal y el imputado llegar a un acuerdo para solicitar del Juez que concluya el proceso y que se sustituya la pena de prisión por otra de libertad controlada o de multa. Se aplica únicamente si el delito está castigado con pena no superior a tres meses. Ello supone la introducción del Principio de Oportunidad. Contra la sentencia que recaiga el imputado ya no puede recurrir en apelación. Solo puede hacerlo el Ministerio Fiscal⁵³.

En Italia, en principio, y para **evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad**, se instauró el denominado “*patteggiamento*”, recogido en el actual art.444 del CPPI (Codice de Procedura Penale) de 22 de septiembre de 1988, introducido por Ley de 24/11/1981, mediante el cual, si el imputado no reincidente lo solicitaba, el juez, previo acuerdo del Ministerio Fiscal, podía aplicar alguna pena sustitutiva (semi-prisión, multa) a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales. De esta forma, la solicitud puede provenir tanto del imputado como del Ministerio Fiscal, conjuntamente o bien de uno con

⁵³ Rodríguez García, obra citada, pp. 200 y anteriores.

el consentimiento del otro (*richiesta*), determinándose la naturaleza y la duración de la sanción a aplicar, y que podrán ser: Libertad controlada o semidetención (sanciones sustitutivas); penas pecuniarias; y penas privativas de libertad, aunque estas últimas están limitadas, de forma que, disminuidas hasta en un tercio, no deben superar los dos años de prisión o de arresto. Al igual que en Alemania, el Ministerio Fiscal monopoliza el ejercicio de la acción penal, sujeto al principio de legalidad, si bien su estructura orgánica está ubicada en el marco de la Magistratura, independiente del Poder ejecutivo, con autonomía de cualquier otro poder y sin que rijan los principios de jerarquía y de unidad de actuación.

Por los mismos motivos, en ciertos Estados de EEUU, existe el denominado "*plea-bargaining*", que se utiliza para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en prisión, en más peligrosos, por lo que el Ministerio Fiscal, tras recabar los oportunos dictámenes, puede llegar a solicitar el sobreseimiento, si bien de manera generalizada en aquel país, supone un proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del propio Ministerio Fiscal.

Dentro de la institución llamada *plea bargaining* y una vez que el acusado conoce formalmente la acusación que contra él se formula (por el Gran Jurado o por el *prosecutor*), si el acusador público le ofrece la negociación –pues ningún acusado tiene derecho constitucional a negociar su *plea*– el acusado puede negarse a declarar (Plea of nolo contendere), puede declararse no culpable (Plea of not guilty) o puede declararse culpable (Plea of guilty). Esta última, que conduce directamente a la sentencia, no requiere consentimiento de nadie (el Tribunal solo puede aceptarla o rechazarla cuando no cumpla las exigencias legales) y puede también ser condicionada «conditional pleas» en el sentido de dejar a salvo la posibilidad de denunciar después eventuales infracciones de las Enmiendas IV y V que consagran las garantías procesales básicas.

En este sentido, si bien la «guilty plea» implica para el acusado la renuncia a recurrir después la condena (dicho en términos de traducción a nuestro léxico)

no significa que renuncie a hacerlo si el motivo se basa en haber prestado ilegalmente la confesión.

Las facultades que tienen el *prosecutor* durante la negociación parecen ser casi ilimitadas en el ofrecimiento de reducir la pena, o de sustituirla o incluso de cambiar los cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia⁵⁴. Ello hace que algunos vean en este sistema peligros, como el de que el acusado llegue a declararse culpable de delitos que no ha cometido, y además sin la garantía de un juicio.

La declaración de culpabilidad puede ser voluntaria, cuando por ejemplo la culpabilidad sea evidente; inducida, cuando reporte algún beneficio, y negociada, que es la mas común. Esta última se celebra entre el *prosecutor* y la defensa y puede versar sobre el delito, sobre la pena o sobre ambos.

En la confesión de culpabilidad el Tribunal debe comprobar el cumplimiento de determinados requisitos antes de aceptar la *plea of guilty*: que el acusado declare voluntariamente; que lo haga conociendo los hechos por los que se le acusa, los cargos contra él formulados, las penas que se piden y sus límites así como los derechos constitucionales a los que renuncia; y que el reconocimiento de hechos coincida con aquellos por los que se le inculpa. Según las estadísticas manejadas por la doctrina y la jurisprudencia en torno a 1991 el porcentaje de condenas obtenidas a través del «guilty plea» oscilaba entre un 80% y un 90% del total de casos condenados (se habla también de las tres cuartas partes de las condenas), aunque el tanto por ciento baja mucho más en los delitos graves, y es mayor en las zonas rurales que en las grandes ciudades⁵⁵.

Por la **existencia de un interés contrapuesto al de la persecución y de mayor peso que éste**. Así pues, volviendo a Alemania, son significativos, recogidos en los artículos antes citados, Intereses de índole política, arrepentimiento activo en caso de delito contra la seguridad del Estado,

⁵⁴ Rodríguez García, Nicolás, obra citada, pp. 66 y ss.

⁵⁵ Rodríguez García, Nicolás. obra citada, p.70

coacción o chantaje, o prejudicialidad civil o administrativa cuando no se haya resuelto en el plazo fijado.

La doctrina Española no ha coincidido inicialmente en la introducción del Principio de Oportunidad en nuestro ordenamiento de forma que frente a una opinión tradicionalmente defensora a toda costa del sometimiento al principio de legalidad, derivada básicamente del tenor de los preceptos aplicables a nuestro ordenamiento procesal penal (Gómez Orbaneja, Giménez de Asúa, Aguilera de Paz, Serra Domínguez), desde hace ya bastantes años y en coincidencia con la tendencia europea antes indicada, han empezado a surgir partidarios de la instauración de dicho principio (Gimeno Sendra, González Cuellar, Conde Pumpido Ferreiro).

Los primeros consideran que no cabe acoger el referido principio por entender vigente de forma estricta el principio de legalidad, mientras que los segundos, lo admiten, por una parte, porque, sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento procesal vigente, entienden como integrante del propio principio de legalidad a aquel, por cuanto sería la propia ley la que señalara las reglas a que debe quedar sometida una actividad discrecional en ese sentido; o por considerar la compatibilidad de ambos principios si se valorara la indispensable e inaplazable celeridad de la justicia penal basada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o por motivos de interés público.

La gran reforma procesal en Portugal tuvo lugar cuando se aprobó el Código del Proceso Penal en 1987⁵⁶. Se atribuye al Ministerio Público la competencia exclusiva para promover el proceso penal con carácter obligatorio (legalidad procesal: *nulla poena sine iudicio*) en la persecución de los delitos públicos. Pero también se introduce en forma mitigada el Principio de Oportunidad para lo que se llama pequeña y mediana criminalidad, consagrando diversas formas de consenso procesal.

⁵⁶ Rodríguez García, Nicolás; obra citada, pp. 224 y ss.

El archivo por dispensa de la pena es un procedimiento que permite el archivo del proceso a instancia del Ministerio Fiscal antes o después de haber formulado la acusación y siempre que se trate de un hecho punible sancionado con pena privativa de libertad no superior a seis meses o solo con pena de multa no superior a 120 días, que el daño hubiere sido reparado y no se opongan razones de prevención. Si se realiza antes de formularse acusación exige la concordancia del Juez de Instrucción. Si es después de la acusación, también debe intervenir el acusado quien podrá oponerse al archivo sin juicio.

La confesión integral de culpabilidad es otra manifestación del Principio de Oportunidad que puede tener lugar al comienzo del juicio cuando el acusado confiesa su culpa y el Presidente del Tribunal ordena pasar a las alegaciones de las partes y a señalar pena, salvo que decida no obstante tal declaración continuar el juicio y practicar las pruebas. Se aplica a los hechos sancionados en abstracto con penas de prisión no superiores a tres años. Para esta clase de delincuencia menor (penas de prisión, no superiores a tres años u otra clase de penas) se regula también la llamada suspensión provisional del proceso a cambio del cumplimiento de determinadas reglas de conducta. Por su lado, el llamado «proceso sumarísimo» (previsto para penas que no sean de prisión) permite al Ministerio Fiscal requerir al acusado ante el Tribunal para que diga si acepta las penas y demás responsabilidades que se le piden. En caso afirmativo, se documenta la aceptación y viene equiparada a una sentencia condenatoria que resulta no recurrible.

2.4 Vías alternativas de solución de conflictos en materia penal.

Comenzaremos citando una frase de Jay Folberg y Alison Taylor *“Las formas de resolución de conflictos en las que una tercera parte ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos y a llegar a sus propias decisiones probablemente han existido desde que había tres o más personas sobre la tierra (...)”*⁵⁷

⁵⁷ Vid. Folberg Jay y Taylor Alison. *“Ambientes de Mediación”, Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México, Limusa, 1996.

Como nos recuerda Zaffaroni, "los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días"⁵⁸, por otra parte, es evidente que el sistema penal ha demostrado su inoperancia como instrumento para resolver los conflictos sociales. Al respecto se ha llegado a decir que: "Las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan enviándolo al abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales. La casi imposibilidad de que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él soluciones viables, acordes con la realidad"⁵⁹. Sin embargo como ha referido Emiliano Borja "El Derecho Penal, qué duda cabe, es Derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta"⁶⁰

Los denominados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, más conocidos por la sigla MARCs, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial. Los MARCs son herramientas que facilitan el tratamiento de conflictos adecuándose a las características que éstos poseen.

Los MARCs no tienen por fin:

- Desplazar o competir con el proceso judicial.
- Convertirse en el único medio de solución de conflictos.

⁵⁸ Zaffaroni, Eugeni Raúl (coord). El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000, p.18.

⁵⁹ Sánchez Romero, Cecilia; Houed Vega Mario Alberto; Chirino Sánchez, Alfredo. El abolicionismo y el Rol de las comunidades indígenas. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994, Año 6, No 9, p.47.

⁶⁰ Borja Jiménez, Emiliano. Derecho Penal y Paz Social, ensayo sobre una aparente contradicción. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994, Año 6, No 9, p 14.

La tendencia que deberá observarse a largo plazo es llegar a ver los medios alternativos como Medios Apropriados para la Resolución de Conflictos, a través de los cuales el tercero identifique cuál es el procedimiento más idóneo a las características que posee cada conflicto. Es decir, el especialista, una vez que haya recibido un caso, deberá determinar si éste guarda las características necesarias para que sea canalizado a través de una conciliación, mediación, arbitraje, negociación, proceso judicial u otro proceso híbrido de resolución de conflictos.

Entre los tipos de MARCs denominados primarios por Ormachea⁶¹ podemos encontrar a los siguientes:

Negociación: forma de interrelación o medio de resolución de conflictos entre partes con el fin de llegar a un acuerdo o solución de un conflicto.

Mediación: medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero.

Conciliación: medio de solución consensual similar a la mediación, aunque el rol del tercero es más activo en tanto que éste puede proponer soluciones. Sin embargo, las propuestas del tercero no obligan a las partes a aceptarlas.

Arbitraje: mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos por el que las partes acuerdan que un tercero particular resuelva sobre los méritos de los argumentos de las partes.

Otro punto de vista considera que la constante de procesos que llegan a los juzgados y no logran una solución pronta y satisfactoria ha contribuido a buscar soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos, desarrollándose así conceptos como justicia no jurisdiccional, medios alternativos a la justicia del Estado, mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial, entre otros. Su finalidad es aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal, mediante la

⁶¹ Ormachea Choque, Iván. Manual de Conciliación. Lima, USAID - IPRECAM (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación) 1999, p. 44 - 46

creación de otros medios de solución de conflictos, menos formales o solemnes⁶².

2.4.1 Conciliación en materia Penal.

Etimológicamente la conciliación proviene del vocablo latín conciliatio, conciliatonis que significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.

Por su parte Guillermo Cabanellas, menciona que “la conciliación representa la fórmula de arreglo concertado por las partes. El juicio de conciliación procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. El resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso las partes se avienen y todo queda resuelto, en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le correspondan. Sus efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido”⁶³

De otro lado, Ormachea⁶⁴ considera que la conciliación es un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales - conciliador o conciliadores - asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos. Por tanto, las partes realizarán todos los esfuerzos con la asistencia del tercero para:

- 1.-Lograr su propia solución.
- 2.-Mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía.
- 3.-Mejorar sus relaciones.
- 4.-Minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema judicial.
- 5.-Trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo para resolver un problema o conflicto.

⁶² Ledesma Narváez, Marianella. El Procedimiento Conciliatorio. Un Enfoque Teórico – Normativo. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, p 176 y sgtes.

⁶³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo I [A - B] 21a edición [Editorial Heliasta S.R.L.: Buenos Aires, 1989]. Pág. 24.

⁶⁴ Ormachea Choque, Iván. Manual de Conciliación. Lima, USAID - IPRECAM (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación) 1999, p. 56

6.-Resolver conflictos subyacentes.

De otra parte, puede afirmarse que la conciliación desde el punto de vista de la psicología, consiste en un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de solución. De otra parte, puede afirmarse que la conciliación desde el punto de vista de la psicología, consiste en un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de solución.

Eduardo Couture, define a la conciliación como “el acuerdo o avenencia de parte que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual”⁶⁵.

La conciliación desde sus albores ha tenido como fin primordial servir de remedio a situaciones en conflicto. Etimológicamente la *conciliatio* proviene del verbo conciliare, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia. Esto nos lleva a decir que la conciliación tiene como condicionante el conflicto y como presupuesto la existencia de más de una voluntad.

La conciliación se define en su concepción general como el acuerdo que se produce entre las partes envueltas en un conflicto, las cuales desisten de su actitud litigiosa.

⁶⁵ Eduardo J. Couture. Estudios de derecho Procesal Civil. Editorial de Palma. Buenos Aires, Argentina 1979, p 229.

De la conciliación podemos decir que no es ningún nuevo descubrimiento en el mundo del derecho, aunque tal vez no se haya aplicado con intensidad en materia penal. Desde tiempos muy remotos los seres humanos han demostrado tener intención de promover un arreglo a los conflictos que se dan entre los individuos. Los antecedentes históricos de esta figura jurídica son varios, los cuales afirman el deseo que la humanidad ha tenido para llegar a resolver sus diferencias sociales.

En el año 1874 aparece una carta de Voltaire donde hace referencia a la conciliación, señalando: la mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el tribunal de jueces conciliadores, llamados hacedores de la paz. Asimismo una forma de conciliación fue practicada en las comunidades indígenas donde las personas que actúan como mediadores son escogidas por sus méritos y por las labores que han desarrollado, éstos funcionan como jueces y los conflictos se abordan en una sesión en la que se discuten y la autoridad va dirigiendo esa discusión hasta que finalmente se logra el acuerdo de lugar.

Pero el antecedente más reciente de la conciliación lo encontramos en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y de abuso de poder, recomendadas por el 7mo. Congreso de la Naciones Unidas y adoptada por la Asamblea General en la resolución del año 1985, donde señala en el artículo 7 como regla el uso de la conciliación para la solución de las controversias.

La conciliación resulta ser una de las mejores formas de abordar la solución de un conflicto generado por un delito, pues con ella se reintegra la participación que corresponde a los verdaderos dueños del conflicto imputado-víctima, pero sin que un interesado directo en el mantenimiento y restauración de la armonía social, como es el Estado, quede al margen, sino que también participa en la resolución del asunto a través de la actuación principiante de sus tribunales.

Ventajas de la conciliación

1. Es confidencial, la información es reservada nadie se entera de su caso.
2. En la conciliación las dos partes salen ganando, salen beneficiados, si llegan a un acuerdo.
3. Es rápida, solo dura 30 días calendarios.
4. Es económica, porque sólo hay que hacer un pago único y mínimo.
5. Mejora la relación, toda vez que si hay acuerdo, las partes siguen siendo amigas.

La conciliación penal en Iberoamérica

Los vientos de reforma del sistema penal soplan muy fuerte en toda América Latina, ganando terreno así nuevas vías de solución del conflicto, teniendo entre ellas un carácter protagónico la conciliación, la reparación del daño y la mediación.

La conciliación entre víctimas y victimarios gana terreno y es impulsada en ésta región por las transformaciones del sistema procesal penal, más que por los cambios del sistema penal sustantivo, aunque ha implicado un nuevo planteamiento de las bases de este último, por lo que constituye un tema de sumo interés para comprender el rumbo de la justicia penal.

En la región latinoamericana la conciliación penal ha provocado alguna susceptibilidad por su supuesto origen norteamericano y europeo, al estimarse ajena a sus costumbres. Es cierto que en materia penal la conciliación comenzó a utilizarse en Estados Unidos y en Europa, sin embargo no se trata de una institución que se pueda estimar como ajena a la idiosincrasia latinoamericana según se observa.

En primer término, se trata de una forma de solución alternativa de conflictos que ha sido utilizada de hecho con mucha frecuencia en estos países, incluso ante la existencia de un delito, sobre todo cuando estos son de poca gravedad o sus efectos son de carácter meramente patrimonial, y sin que haya mediado violencia sobre las personas.

Si bien estos sistemas penales adoptan como regla el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, según el cual frente a todos los hechos en apariencia delictivos resultaba necesario iniciar una investigación policial que desembocara en un proceso penal, con el fin de averiguar la verdad real en todos los casos, es indiscutible señalar también que al margen e incluso dentro del mismo sistema penal han funcionado mecanismos selectivos, dentro de los cuales se deben mencionar los acuerdos previos entre víctimas y delincuentes, que permiten resolver el conflicto de manera distinta a las fijadas en la ley. Haya o no reconocimiento formal, es evidente que en las comunidades se aplican criterios de conciliación para dirimir sus conflictos. Ello ocurre en todos los estratos sociales, incluso al interno de las organizaciones sociales y empresariales, debido a la ineficacia del sistema oficial de justicia para resolver los problemas, ante el anacronismo de sus procedimientos, la corrupción, y la indiferencia estatal.

Según lo planteado por los estudiosos del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas: “existen connotados conciliadores indios, reconocidos como jueces del lugar, que juegan un papel muy importante en el desarrollo de la cohesión y la armonía social dentro del grupo, que buscan un acuerdo entre las partes cuando surge un conflicto, cuya principal misión consiste en fijar la reparación del daño ocasionado, de manera satisfactoria para las partes involucradas. Dentro del proceso conciliatorio interesa, sobre todo, la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor (...)”⁶⁶. Estas situaciones se producen incluso hoy día entre las comunidades indígenas latinoamericanas, aunque formal y oficialmente no hayan logrado imponerse, ni sean acogidas en la ley.

⁶⁶ Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego: Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

2.4.2 Mediación en el Proceso Penal.

La mediación es un procedimiento donde la figura del tercero neutral surge para facilitar que las partes puedan desarrollar un proceso negociado que les conduzca a lograr un acuerdo satisfactorio para ambas. La mediación puede sufrir algunas variaciones pero tiene un contenido mínimo mundialmente aceptado.

1. La mediación debe ser voluntaria. Se ha demostrado que cuando se hace obligatoria pierde su efectividad para que el acuerdo exprese verdaderamente la voluntad de las partes.
2. La mediación debe conducirla una persona neutral a la controversia. Se estima que las características de neutralidad deben ser similares a las que se esperan del juez.
3. Debe ser un procedimiento flexible que se adapte a las necesidades de las partes y no que obligue a que las partes se adhieran a sus exigencias.
4. El proceso de la mediación debe ser confidencial. Debe conllevar la obligación de no revelar cierta información que surge del proceso, la facultad de impedir que otra parte o el mediador revele esa información, y en la eventualidad de que posteriormente haya un procedimiento judicial, debe impedirse que la información surgida en la mediación y el mediador lleguen al mismo.

De acuerdo con las experiencias que ofrece el derecho comparado, existen dos clases de mediación penal. Una ha sido el movimiento de “diversión”⁶⁷, cuyo objetivo principal ha sido la búsqueda y el favorecimiento de soluciones informales a los litigios, externas al proceso judicial convencional, a través de un procedimiento de mediación que conduce a la reparación de los daños ocasionados a la víctima; y el otro denominado “mediación comunitaria”, que se asienta en la comunidad social y trata los conflictos emanados de ésta como conflictos de las relaciones sociales, sin distinguir su índole penal o civil, y que ha tenido un importante desarrollo tanto en Estados Unidos como en Francia.

⁶⁷ Nacido en Canadá y Estados Unidos, en sus inicios era un procedimiento sumamente informal en el que no mediaba la vía judicial.

La mediación se conduce con informalidad, teniendo las partes la facultad de acordar con el mediador, el lugar, hora y fecha a llevar a cabo las sesiones. No requiere una vestimenta formal ni unos procedimientos en particular. Sin embargo, las partes deben estar bien orientadas sobre la manera en que el proceso se conduce y sus derechos en el mismo. Es fundamental que las partes conserven el control sobre el proceso y que el mediador no tenga la facultad de decidir por ellas.

En la mediación las partes tienen la oportunidad de expresar su parecer sobre el problema, y proponer las alternativas que le parezcan que aportan a la solución del mismo. Deben ser escuchadas con respeto y deferencia. La voluntariedad se mantiene en todo momento por lo que las partes pueden marcharse y dar por concluido el proceso cuando lo estimen necesario. Tienen derecho a estar acompañadas de abogado o asesorarse antes de finalizar un acuerdo.

De llegarse a un acuerdo se recomienda reducirlo a escrito y que en realidad sea un acuerdo que pone fin a la controversia, pues de no ser así, se anticipa que las partes volverán a entrar en conflicto. Es por eso que se trata de que el acuerdo sea aceptable para todas las partes pues de estar inclinada a una de ellas, la parte desfavorecida saboteará el acuerdo de múltiples maneras. Si nos damos cuenta, la mediación no es otra cosa que un proceso de negociación entre las partes, asistidas de la figura de un tercero neutral que hemos descrito a grandes rasgos. Si las partes tuvieran las habilidades para llevar a cabo una negociación por su cuenta, la mediación no sería necesaria. Lamentablemente la negociación entre partes usualmente es muy difícil cuando surgen problemas entre éstas ya que hay múltiples situaciones que interfieren con su comunicación y con su capacidad para llegar a un acuerdo.

La mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima y del infractor. Se intenta evitar, siempre que sea posible, una pena de cárcel estigmatizante que ni satisface la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, acompañada y reparada ni del infractor de recuperar el papel social del que es despojado cuando entra en prisión, ni la de

la sociedad que puede recuperar para sí a ambos y pacificar la convivencia, cumpliendo con múltiples mandatos constitucionales de lograr la paz social.

Según Virginia Domingo de la Fuente " la reparación tiene efectos resocializadores ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de las víctimas"⁶⁸.

La mediación tiene etapas definidas que comprenden una serie de técnicas para lograr los objetivos necesarios, como: la preparación de un plan o convenio para el futuro, que los participantes pueden aceptar y cumplir; la preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones; y, la reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución consensual.

Se puede atribuir a la mediación, objetivos, como: el ayudar a reducir los obstáculos a la comunicación entre los participantes; realizar al máximo la exploración de alternativas; atender las necesidades de todos los que en ella intervienen; y, proporcionar un modelo para la futura resolución de conflictos.

2.4.3 Negociación en Materia Penal.

Negociar significa trabajar para lograr no un acuerdo sino el mejor de ellos. Es la ciencia y arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes independientes entre sí, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más, si trabajan juntos, que si se mantienen enfrentados.

Pinkas Flint la define como "un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos o más partes tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa, con el fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción.

En toda negociación concurren los siguientes elementos: la pluralidad de sujetos y la diferencia de intereses"⁶⁹.

⁶⁸ Virginia Domingo de la Fuente. Justicia Restaurativa [en línea]. Chile 2007. [Consultado el 16 de diciembre del 2009] Disponible en <http://www.restorativejustice.org/reprint>

El objetivo que esta institución persigue está orientado a lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían; y, a modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas.

A diferencia de otros medios alternativos, la negociación se caracteriza porque son únicamente las partes quienes en el proceso negocial, tienen el manejo directo del desarrollo y solución del conflicto. Atendiendo a estas características, la negociación se puede clasificar de la forma que a continuación nos disponemos a relacionar:

a) Negociación Distributiva: Es la negociación mediante la cual el beneficio para una se traduce inmediatamente en pérdida para la otra. Lo que gana uno lo pierde el otro, de allí su nombre tipo suma cero o ganar / perder. En este tipo de negociación se maximiza el beneficio individual. Es por esto que se le conoce como la negociación del regateo.

b) Negociación Integrativa: Se le conoce también como negociación basada en intereses o tipo suma no cero. Los negociadores buscan en forma conjunta una solución al problema que los aqueja. En vez de manejar el problema en forma competitiva fijando los puntos de resistencia, niveles de aspiración y metas, las partes desarrollan una metodología orientada a resolver el problema que aqueja a ambos. Planteando una situación comparativa podemos decir que la negociación integrativa requiere una actitud similar a la que tienen dos alumnos resolviendo un arduo problema de álgebra.

c) Negociación Racional: Puede ser definida como el tomar las mejores decisiones para ampliar el servicio a los propios intereses. En otras palabras, frente a una situación determinada, debe tomarse la decisión más acertada en cuanto a si conviene llegar a un acuerdo o si es preferible no acordar y, en caso de acordar, obtener el mejor resultado posible. Esta clase de negociación es la que debería emplearse en el procedimiento conciliatorio previo a la aplicación del Principio de Oportunidad, logrando un acuerdo satisfactorio para ambas

⁶⁹ Flint Blanck, Pinkas. La negociación empresarial. Justo Valenzuela editorial, Lima, 1993, p. 23.

partes mediante la aplicación de las correspondientes técnicas y bajo la dirección del Fiscal.

2.4.4 Suspensión Condicional del Procedimiento.

Mecanismo procesal en virtud del cual el fiscal y el imputado, con la aprobación del juez de garantía, dan término anticipado al procedimiento, cuando se cumplen los requisitos legales y se cumplen las condiciones fijadas por el juez al aprobar la suspensión.

Este mecanismo importa economía procesal, evitar los efectos nocivos del cumplimiento de la sanción penal por parte del imputado y la satisfacción de intereses a través de la obtención del cumplimiento de las condiciones impuestas.

La mayor crítica a esta suspensión es que al adoptarse condiciones, el imputado queda sujeto a obligaciones no obstante legalmente ser todavía inocente por no haberse declarado su culpabilidad.

Permite resolver sin tener que ir al juicio oral casos de delitos que no atentan gravemente el interés público y respecto a personas imputadas que no tienen condenas previas. Su fundamento y base es el consentimiento previo, libre e informado del imputado, el que debe estar consciente de la imposición de condiciones durante un espacio de tiempo que no puede ser menor a 1 año ni exceder de 3 años y que la eventual revocación en caso de incumplimiento produce la reanudación del procedimiento.

Oportunidad Procesal:

Puede solicitarse:

- a) En la audiencia de formalización de la investigación.
- b) En una audiencia especialmente convocada para ese efecto, siempre que no se encuentre agotada la investigación.
- c) En la audiencia de preparación del juicio oral.

Iniciativa: Corresponde al fiscal o al imputado o su defensor la iniciativa para solicitar la suspensión condicional del procedimiento. La víctima tiene derecho a ser oída por el juez de garantía en el momento que se conceda o rechace la

solicitud del fiscal. Además, puede apelar de la resolución que conceda la suspensión condicional del procedimiento, cuando afectase sus intereses.

Requisitos de procedencia:

- a) Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento que pudiere dictarse la sentencia condenatoria, no exceda de 3 años de privación de libertad.
- b) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

En cuanto a la pena aplicable se debe considerar para ello las circunstancias atenuantes de responsabilidad, como el haber procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, la existencia de provocación o amenaza previa por parte del ofendido o la existencia de arrebató u obcecación.

Requisito de validez: es requisito de validez para la audiencia en que se conceda la suspensión condicional del procedimiento, la presencia del defensor y por otra parte el control de legalidad de su concesión por el juez de garantía. La audiencia debe ser registrada, en cuanto a la descripción detallada de los hechos atribuidos al imputado, y la individualización de los antecedentes fundantes en relación con cada uno de los hechos que se le atribuyen, excluyéndose aquellos que no pudieren ser admitidos como prueba en el juicio oral.

La singularización de los hechos es fundamental ya que la suspensión condicional del procedimiento, una vez cumplida, produce el efecto de cosa juzgada, extinguiendo la acción penal en relación precisamente de esos hechos, y por otra parte, es importante, porque en el evento de incumplimiento de la suspensión condicional del procedimiento, se deberá continuar con el procedimiento en relación con esos hechos.

Otorgamiento o rechazo de la solicitud de suspensión condicional del procedimiento:

El juez para otorgar o rechazar la solicitud deberá:

- a) Verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia.
- b) Que el acuerdo del imputado se haya prestado, libre y voluntariamente y debidamente informado de las consecuencias de la suspensión.

Otorgamiento de la suspensión:

El juez si decide otorgar la suspensión condicional del procedimiento, deberá fijar la o las condiciones que deberá cumplir el imputado dentro del plazo de observación que no podrá ser inferior a 1 año ni superior a 3.

Las condiciones que pueden ser impuestas. Estas son:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado.
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación.
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o en un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento.
- f) Acudir periódicamente ante el ministerio público, y en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y
- g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio al mismo.

Modificación y/o sustitución de las condiciones: el juez, con el acuerdo del fiscal y del imputado, puede cambiar, modificar y/o sustituir las condiciones fijadas, cuando detectasen la imposibilidad del imputado de cumplir las mismas.

Retractación: el imputado tiene la facultad de retractarse de su consentimiento a la suspensión condicional del procedimiento si detectase que las condiciones son extremadamente graves. En tal caso, se reanuda el procedimiento penal

en su contra y se mantendrá intacto su derecho al juicio oral. En tal caso ninguno de los antecedentes ni fundamentos de la suspensión condicional del procedimiento podrá invocarse en el juicio oral, con el fin de mantener la imparcialidad del juez en la decisión del caso.

Efectos de la concesión de la Suspensión Condicional del Procedimiento (SCP):

- a) Se mantiene la interrupción de la acción penal, producida por la formalización de la investigación.
- b) Se suspende el plazo para el cierre de la investigación.
- c) Cumplidas las condiciones impuestas por la SCP, se producirá la extinción de pleno derecho de la acción penal, por lo que el tribunal, de oficio, o a petición de parte, decretará el sobreseimiento definitivo
- d) Las acciones civiles no se extinguen. Por ello la SCP no impide el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho y que si la víctima recibiese pagos como parte de las condiciones, ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que pudiese corresponder. El imputado que ha cumplido la SCP se le considera sin antecedentes penales y en consecuencia no se le puede considerar reincidente si vuelve a ser formalizado por hechos similares.

Revocación de la SCP:

- a) Cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos a los que motivaron la SCP.
En este caso el imputado puede reclamar de esta revocación de las siguientes maneras:
- b) Alegando ante las autoridades del ministerio público como arbitraria la formalización de la investigación; oponiéndose a la revocación, apelando contra la resolución judicial que declara la revocación.
- c) Cuando el imputado incumpliese grave, reiterada e injustificadamente las condiciones impuestas.

Tanto la víctima como el fiscal pueden solicitar al juez de garantía la declaración judicial de la revocación. Producida la revocación, el procedimiento penal se reanudará de acuerdo con las reglas generales. Se le exige al juez no

considerar los antecedentes de la SCP en el momento de fallar el asunto. Dichos antecedentes quedan per se excluidos como prueba.

El fiscal debe llevar un registro de los casos de SCP. Este registro es reservado salvo para la víctima. Este registro permite saber si el imputado ha cumplido la SCP y si está en condiciones de someterse a una nueva SCP.

2.4.5 Los Acuerdos Reparatorios.

Es el acuerdo entre el imputado y la víctima, aprobado por el juez de garantía, en virtud del cual, el imputado repara la víctima de los perjuicios causados por el delito y que produce como consecuencia, una vez ejecutoriada la resolución que lo aprueba, la extinción de la acción penal.

La mayor crítica de esta salida alternativa es que se estima una medida clasista en la medida que usualmente tendrán acceso a ella quienes tengan mayor poder adquisitivo quedando relegada la acción penal a las personas de más escasos recursos quienes no podrán poner término al procedimiento penal por esta vía por falta de recursos económicos.

El límite a esta medida alternativa es la facultad del ministerio público de objetarla por existir a su juicio un interés público prevalente en la persecución penal.

Requisitos:

Para que proceda el acuerdo reparatorio se requiere que el delito investigado:

- a) afecte bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o
- b) consista en lesiones graves, o
- c) constituya un delito culposo.

El objeto del acuerdo puede consistir en una suma de dinero o bien en alguna prestación distinta, con tal que el objeto sea lícito.

El acuerdo deberá hacerse constar por escrito por la importancia que reviste el mismo, una vez aprobado, extinguir la acción penal. Debería contener lo siguiente:

- a) La individualización de él o los imputados y la o las víctimas involucradas que celebran el acuerdo.
- b) La singularización de los hechos investigados y su calificación jurídica.
- c) La expresión de que el imputado ha concurrido a la celebración del acuerdo voluntariamente con pleno conocimiento de sus derechos y consecuencia en caso de incumplimiento del mismo.
- d) La expresión de los efectos asociados al posible incumplimiento del acuerdo.

Es recomendable en el caso de la víctima que el documento cumpla las condiciones de un título ejecutivo a fin de obtener su fácil y rápido cumplimiento en caso de infracción al mismo.

El acuerdo reparatorio puede celebrarse en las mismas oportunidades procesales de la SCP.

A diferencia de la SCP, en el caso del acuerdo reparatorio, no es requisito de validez la presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se apruebe. Otra diferencia, es que el acuerdo reparatorio produce la extinción penal, más rápidamente que la SCP, una vez ejecutoriada la resolución del juez de garantía que lo aprueba. También no se requiere la presencia del fiscal para su aprobación.

Rechazo del Acuerdo Reparatorio: el juez, de oficio o a petición del fiscal, rechazará el acuerdo reparatorio cuando no se cumplan sus requisitos de procedencia, no esté acreditado el consentimiento libre e informado del imputado o bien por existir a juicio del fiscal y así aceptado por el juez un interés público prevalente en la persecución penal. Ese interés se presume en el caso que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en los hechos que se investigaren en el caso particular.

Efectos del Acuerdo Reparatorio:

- 1.- Produce la extinción penal, por lo que el juez debe dictar el respectivo sobreseimiento definitivo respecto del imputado que lo ha celebrado.
- 2.- En el ámbito civil, en caso de incumplimiento del acuerdo, puede solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía. Esto es una ventaja, poder acudir al

mismo juez de garantía, ya no que se le impone a la víctima la carga de tener que acudir a un tribunal distinto e iniciar un nuevo procedimiento. Procurando el cumplimiento de ese tipo de acuerdo; el acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil, por ejemplo una acción de nulidad.

Una vez caracterizado el Principio de Oportunidad y las vías alternativas a la solución de conflictos penales se hace evidente que éste tiene por causa de surgimiento la necesidad objetiva de no dar cumplimiento al Principio de Legalidad por lo que efectivamente no puede existir contraposición entre ellos. Ello se encuentra proscripto bajo la órbita del primero y, por el contrario, constituye la característica definitoria por excelencia de este último. Este principio se lleva a vías de hecho a través de medidas paralelas al proceso penal como; la conciliación, la mediación, la negociación, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, haciendo un gran aporte a los casos en que son aplicables, puesto que logran una mínima intervención de la justicia, facilitando la descongestión de la misma.

Conclusiones:

El conocimiento adquirido con esta investigación nos permite formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El Derecho Procesal Penal ha evolucionado en forma creciente logrando un proceso cada vez más garantista en todos los sentidos, manifestándose a través de disímiles posiciones y tendencias.

SEGUNDA: La esencia de la distinción entre legalidad y oportunidad radica en la facultad que se le reconoce al funcionario público titular de la acción penal, de adoptar decisiones discrecionales en cuanto a su ejercicio y persecución.

TERCERA El Principio de Oportunidad es el complemento del efectivo cumplimiento del de legalidad y su mejor utilización tiene que ser establecida y limitada por la propia norma; debe estar en el marco de la legalidad.

CUARTA: Constituyen la conciliación, la mediación, la negociación, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios las principales tendencias que actualmente informan el Principio de Oportunidad seguidas por la doctrina. Presentando como limitación la inaplicabilidad a todos los tipos penales, solamente a los que por su naturaleza carecen de peligrosidad social.

QUINTA: La permisibilidad desde el punto de vista garantista, haciendo que el acusado y la víctima pueden llegar a un acuerdo, lo que ayuda en las relaciones posteriores y la satisfacción de sus intereses reales.

Recomendaciones:

Desde el punto de vista científico no resulta productivo concluir una investigación sin ofrecer algunas de las variantes de solución con el fin de hacer efectivos y llevar a vías de hecho los resultados alcanzados por la presente investigación, por lo que nos sentimos en el deber de recomendar:

1. A la Asamblea Nacional del Poder Popular: pronunciarse a favor de modificaciones en nuestra Legislación Procesalista Penal que impliquen el uso del Principio de Oportunidad y las vías alternativas a la solución de conflictos.
2. Fomentar la actividad investigativa en estudiantes y profesores de las Facultades de Derecho del país sobre los temas tratados en este trabajo por su novedad e importancia.
3. A la Unión Nacional de Juristas de Cuba: fomentar el estudio de estos temas en los correspondientes capítulos provinciales por parte de los juristas del país.
4. A la Fiscalía General de la República: hacer un uso efectivo del Principio Oportunidad que permita la disminución del ingreso de personas a los centros penitenciarios por delitos de escasa peligrosidad social.

Bibliografía:

1. Alvarado Velloso, Adolfo; "Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa" Editorial Juris. Lima. 2006.
2. Angulo Arana, Pedro Miguel. "El Principio de Oportunidad en el Perú, serie derechos y garantías". Edit. Palestra, Lima, 2004.
3. Anitua, G. y Borinsky, M. "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos," en *Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad Hoc. 1999.
4. Armenta Deu: "criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España" Editorial PPU. Barcelona, 1991.
5. Bardales Ríos, Artemio. El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima, Perú, 2003.
6. Bernal Cuellar, Jaime y Eduardo Montealegre, Lynett. El Proceso Penal – Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio – Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, 2004.
7. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T VI. Ed Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1989.
8. Cafferata Nores, J.; "El Principio de Oportunidad", *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Ed. Del Puerto, Bs. As, 1997.
9. Carvajal Barrionuevo, Marcela y González Maroto, Renée. El Principio de Oportunidad Reglado. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1997.
10. Cerezo Mir, José, Problemas fundamentales del Derecho Penal. Madrid: Editorial Tecnos. 1982.
11. Colectivo de Autores. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Félix Varela, La Habana 2004.
12. Cubas Villanueva, Víctor. "El proceso penal teoría y práctica ". 5ª edición Palestra editores, Lima 2003.
13. Díaz Cabiale, José Antonio. Principios de Aportación de Parte y Acusatorio. Editorial Comares. Primera edición. Lima, Perú, 1996.
14. Diez Ripolles, José Luis, "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", *Actualidad Penal*, N° 1, Madrid, 2001.
15. Fernández Bulté, Julio, Carreras Cuevas, Delio y Yáñez, Rosa María: *Manual de Derecho Romano*. Félix Varela, La Habana 2004.

16. Ferrajoli Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998.
17. Ferrajoli, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión, 2001.
18. Feuerbach, Paul Johan Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Gissen, 1832. En castellano: "Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania", traducción de Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi.
19. Gimeno Sendra, Vicente. *Manual De Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, 1ª edición, 2008.
20. Hassemer, Winfried - Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
21. Hendler, Edmundo S., *"Las garantías penales y procesales – Enfoque histórico comparado"*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
22. Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
23. Jescheck, Hans – Heinrich: *Tratado De Derecho Penal; Parte General*, Cuarta Edición, Comares, Granada, 1993
24. Melgarejo Barreto, José. *Manual del Principio de Oportunidad*. Jurista Editores. Lima – Perú. 2002.
25. Morales Miranda, Micaela. *Debido Proceso, Principio de Oportunidad y Legalidad*. ILANUD. Development Associates. ILANUD. Panamá, 1995.
26. Oré Guardia, Arsenio: "manual del derecho procesal penal"; editorial alternativas SRL. Primera edición; Lima Perú 1996.
27. Palacios Dextre, Darío y Monge Guillergua Ruth. *El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano*. Editora FEAT. Lima – Perú. 2003.
28. Peña Gonzáles, Oscar. *Manual de Conciliación Extrajudicial*. Lima – Perú.
29. Pérez Píznón, Álvaro Orlando. *Los principios generales del proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
30. Restrepo Fontalvo, Jorge. "Criminología, un enfoque humanístico", Bogotá, Editorial Temis S.A., 2002.

31. Rodríguez García, Nicolás. El Consenso en el Proceso Penal Español. Bosch Editor. Barcelona. España, Año 1997
32. Rondón Valdés, Jorge. Trabajo de Diploma. *Principio de Igualdad y Contradicción; una visión actual de estos principios*, Universidad de Oriente. 2005.
33. Roxin, Claus; "Derecho Penal", Parte General, Ed. Civitas Madrid 1997.
34. Roxin, Claus; "Derecho Procesal Penal" traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. pastor. Revisada por Julio B. J. Maier. Editores del Puerto SRL Buenos Aires 2000
35. Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego: *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
36. Torres Caro, Carlos El Principio de Oportunidad: Un Criterio de Justicia y Simplificación Procesal. Editorial Gráfica Horizonte. 1994.
37. Tozzini, Carlos A.; El Principio de Legalidad en el "Penalista Liberal" controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y criminología homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, editorial HAMMURABI, Buenos Aires 2004.
38. Vecina Fuentes, J.; "El Principio de Oportunidad en el proceso penal Español," *II Congreso internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito*. (Septiembre de 1997), Ed. Universidad pontificia Católica del Perú, 1997
39. Velásquez Lyons, Luis Felipe. "Política Social y Política Criminal", en Lecciones de Criminología, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988.
40. Von Hirsch, Andrew, "Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena." En Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid, Nieto Martín Adán. (Coord.): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla - La Mancha. 2003.
41. Zaffaroni Eugenio Raúl, *En busca de las Penas Perdidas*, Buenos Aires, EDIAR, 1991.
42. Zaffaroni, Eugenio R., "El Derecho Penal liberal y sus enemigos", *Lectio Doctoralis*, Universidad de Castilla-La Mancha, Enero, 2004.

43. Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina: Ediar. 2005.

Revistas y Publicaciones:

1. Baratta, Alessandro, Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica **en** Cuadernos de Política Criminal Nº 24, Madrid, 1984.
2. Binder, Alberto M.: Funciones y difusiones del Ministerio Público Penal. Revista de ciencias penales de Costa Rica. Noviembre 1994. año 6. N.9.
3. Binder, Alberto M: "La Fuerza de la inquisición y la debilidad de la República". Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal. 1ª ed. Lima, Junio 2006.
4. Carnacini, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, **en** Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, núm. 12.
5. Couture, Eduardo. La enseñanza de Chiovenda sobre interpretación de leyes procesales **en** "Revista de Derecho Procesal". Año 1971. Nº 3 y 4
6. Daniel González Álvarez: La conciliación penal en Iberoamérica, *Revistas de Ciencias Penales*, Costa Rica.
7. Einsner, Isidoro; Principios Procesales, **en** "Revista de Estudios Procesales" Nº 4.
8. Einsner, Isidoro; Principios Procesales, **en** "Revista de Estudios Procesales" Nº 4.
9. García Cotarelo, *El régimen económico de la Constitución española*, **en** "Lecturas sobre la Constitución española", Madrid, 1978, y el núm. 3 monográfico de la revista Derecho Privado y Constitución, de 1994.
10. Rosales Rosés, Milagros y Hernanz Ramos, Fernando. El papel del ministerio público en el sistema penal cubano, Fiscalía General de la Republica de Cuba.
11. Silva Forné, Diego; La Codificación Penal y el Surgimiento del Estado Liberal en España, **en** "Revista de Derecho Penal y Criminología", 2º época, Nº 7, enero 2001,
12. Urbano Martínez, José Joaquín. "El Principio de Oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal –estado actual-", **en** Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Volumen XXIV, Número
74, Enero / Diciembre 2003.

En Internet:

1. Velásquez Velásquez, I.V.: *El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008. en www.eumed.net/rev/cccss.
2. Inés Elena Sanjurjo, « Justicia de paz y cultura jurídica en el largo siglo XIX en Mendoza (Argentina). El caso del departamento de San Rafael en el sur provincial », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Debates, 2010, [En línea], Puesto en línea el 23 marzo 2010. URL: <http://nuevomundo.revues.org/59257>.
3. California Divorce Court: <http://www.ktb.net/>.
4. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia: <http://www.colombia-exchange.com>.
5. Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Sevilla, España: <http://www.caan.es/servicios/trad-54.htm>.
6. Constitución Española: <http://alcazaba.unex.es/constitucion/in> .
7. Constitución Política de Colombia: <http://www.redestb.es/personal/vmaroto/const-t.htm>.
8. International Arbitration Convention: <http://siac.tdb.gov.sg/schedule.html>.
9. International Court of Arbitration: <http://www.iccwbo.org/arb/26.htm>.
10. University of Florida. Conflict Resolution Mediation Research Program: <http://www.coe.ufl.edu>.
11. JELLINEK, Georg, *La Declaración de Los Derechos del Hombre y del Ciudadano* en Serie de Estudios Jurídicos N° 12 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, [en línea]: <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/jellink.pdf>.
12. “Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2006-2007”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, Santiago, Chile, Tercera Edición, 2007. Ver: <http://www.cejamericas.org/reporte/>.
13. Decreto Legislativo N° 957, Promulga el Código Procesal Penal, de fecha 29 de julio del 2004. Ver: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/LEGISLA/peru/957.pdf>.
14. [Derecho procesal penal \(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_penal). Disponible [en línea] Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_penal"

Legislaciones Consultadas:

1. Código Procesal de Costa Rica, aprobado en 1996.
2. Código Procesal de Guatemala, aprobado en 1992.
3. Código Procesal de Perú, aprobado en 1995.
4. Código Procesal de Venezuela, aprobado en 1998.
5. Código Procesal del Salvador, aprobado en 1996.
6. Código Procesal Federal de México, reformado en 1993.
7. Constitución de la República de Cuba promulgada en 1976, reformada en 1992 y 2002.
8. Constitución Política de Perú, promulgada en 1993.
9. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1948.
10. Ley 62, Código Penal Cubano, promulgado en 1987.
11. Ley Orgánica y de Procedimientos de la Justicia de Menor Cuantía, Reg. Oficial de Mendoza, 1880.
12. V. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. San José, 1985.
13. Ley 5. Ley de Procedimiento Penal, promulgada en 1977.