La persecución penal: legalidad y oportunidad *

Winfried HASSEMER

A. Consideraciones de política criminal

I. Razones a favor del principio de legalidad

1. El Derecho Penal material determina no sólo los límites de la punibilidad (como «Magna Charta» que es, según la famosa expresión de Franz von Liszt) sino que tiene además la misión de reafirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad («prevención general positiva». V. Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, pp. 391 y ss.). El aseguramiento de las normas presupone que en el proceso penal se van a aplicar tal y como el Derecho material las dispone, es decir, según la legalidad jurídico–material. Una implantación únicamente selectiva, oportunista, de normas jurídicas materiales en el proceso penal debilita tales normas a largo plazo, en especial aquellas cuya aplicación se vea menoscabada por dicha selección oportunista.

2. Si el Derecho Penal material se implanta desigualmente en el proceso penal, ello repercute negativamente en el sistema jurídico–criminal en su conjunto. Efectivamente, el ciudadano alberga la expectativa de que el Estado sancionador traslade a la realidad las normas penales que públicamente promulga sobre el papel. El principio de oportunidad en el proceso penal transmite —sobre todo cuando sus presupuestos de aplicación no están estrictamente definidos (V. más adelante en C. VI) una impresión de *desigualdad, inconsecuencia* y *desilusión.*

3. El *principio de legalidad* asegura la *igualdad* del trato al ciudadano —por otro lado fundamental para la justicia en la aplicación del Derecho— desde el momento en que obliga a una aplicación igualitaria de las normas jurídicas. Estas rigen «abstracción hecha de cada persona», su símbolo es la venda que tapa los ojos de la representación humana de la Justicia. El principio de oportunidad, por su parte, no puede excluir con seguridad el que el poder social (político, financiero, personal) determine la aplicación de las normas penales y con ello lesione el mandato de la igualdad de trato.

4. El *principio de oportunidad* pone en peligro el principio de la división de los poderes en aquellos casos en que la autoridad instructora (autónomamente) puede decidir acerca de la no persecución de hechos delictivos. Efectivamente, la puesta en libertad de delincuentes es cosa de los Tribunales, pero la actividad instructora debe probar la sospecha y preparar el proceso judicial. Por ello, el significado de la división de los poderes para el Derecho Penal consiste en que el ejecutivo debe dejar al poder judicial el juicio sobre la punibilidad de determinado comportamiento.

5. El *principio de oportunidad* en la fase instructora *devalúa* tendencialmente el *plenario*: cuantos más delitos (o acciones sospechosas de ser delictivas) ya durante la etapa sumarial se eliminen del proceso de persecución, menor será el significado del Juicio para el control de la punibilidad. Así, por ejemplo, puede ocurrir que en la práctica diaria, una parte considerable de la «criminalidad de masas» (delitos de tráfico, hurtos) se sustraiga al poder judicial.

6. El *principio de oportunidad amenaza* al principio de *publicidad* en el proceso penal. La fase sumarial se sustrae casi por completo a la publicidad, y no puede ser de otra manera. Cuantas más decisiones normativas sobre la publicidad recaigan ya en la fase de instrucción, más sufre la publicidad en la aplicación del Derecho. En efecto, sobre todo, prominentes sospechosos van a tender a «arreglar la cosa» ya en la fase sumarial (uno de los problemas del § 153 a StPO). Por otro lado, la autoridad instructora tiende en casos delicados a arreglos discretos.

7. Sólo si se reconoce estrictamente el principio de legalidad puede delimitarse el procedimiento judicial sumarial de la *actividad ejecutivo–policial* y a la vez configurarse conforme al Estado de Derecho. En efecto, la represión policial de un peligro, se sigue conforme al principio de oportunidad mientras que la instrucción penal lo hace conforme al de legalidad. Sólo con dicha delimitación pueden distanciarse los métodos instructorios conflictivos (diligencias exploratorias y de observación, investigación de «autores» sin delito) respecto del proceso penal o delimitarse en el proceso penal conforme al Estado de Derecho.

* Este trabajo es la ponencia presentada al «Symposium internacional sobre la transformación de la administración de la justicia penal» organizado en Buenos Aires, del 2 al 5 de mayo de este año. De ella, con autorización del autor, se ha excluido la parte primera dedicada al análisis de algunos aspectos del *Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación.*

Para la consulta de los preceptos de la Ley Procesal Penal alemana que se citan en el texto, véase J. L. Gómez Colomer, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 261 y ss.

Las razones a favor del *principio de legalidad* son fuertes, residen, pues, en el ámbito de la *justicia* en la aplicación del Derecho.

II. Razones a favor del principio de oportunidad

Las razones en favor del principio de oportunidad se fortalecen en la medida en que se entienda el Derecho Penal como *orientado hacia las consecuencias jurídicas*. Aquéllas residen en el ámbito de la *efectividad* de la aplicación del Derecho. Por otro lado, son heterogéneas en comparación con los argumentos en favor del principio de legalidad.

1. Las ideas acerca del nivel de realidad que subyace al principio de legalidad, son erróneas e ingenuas. En efecto, de ningún modo se plasma el Derecho Penal material en la realidad, ni siquiera a través de una estricta aplicación de la ley. Más bien, cada norma del Derecho Penal material tiene su propia *zona gris* y estas zonas grises varían en función del tipo de norma penal considerablemente (compárese las del homicidio doloso frente al hurto o al abuso de drogas). En definitiva, no puede hablarse de aplicación igualitaria ni, en absoluto, completa aplicación del Derecho Penal, de manera que la ética del principio de legalidad no puede llegar a convertirse en realidad.

2. Al contrario que el Código Penal, el *proceso penal* no es un texto, sino *escenificación, actuación*. Las normas jurídico–penales es preciso convertirlas en un actuar práctico. Durante esta metamorfosis, necesariamente van a modificarse las normas, de manera que se van a introducir en la disposición, especiales condiciones de actuación. Así, por ejemplo, no se puede prescribir exactamente a las autoridades instructoras, el momento de detención del sospechoso, ni el concepto de sospecha puede definirse con exactitud o, finalmente, no se puede (o no se quiere) evitar legalmente que las instancias instructoras acomoden las formas y métodos de su actividad a los de la mentalidad policial.

3. El *proceso penal* y el *Derecho Procesal Penal* no son meramente una prolongación del Derecho Penal material sino que más bien sirven no sólo a la realización de las normas jurídico–penales —conforme a la idea del principio de legalidad que les subyace— sino que además tienen sus propias metas (ellas son *«Derecho Constitucional aplicado»*. El proceso penal no está obligado a depurar la «verdad material» sino más bien, a la averiguación de una *«verdad con forma de justicia»* (resumidamente equivaldría a: prohibición de su demostración). Las ideas acerca de la relación entre el Derecho Penal material y el Derecho Procesal Penal tal y como se entienden por el principio de legalidad, estarían, por tanto, superadas.

4. A corto plazo —desde el punto de vista *económico*— y a largo plazo —desde el punto de vista *político*— es *poco inteligente*, obligar de la misma manera e intensidad a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos. Los recursos materiales y personales de dichas autoridades siempre serán insuficientes. Por ello, las autoridades concentran su actividad instructora de manera selectiva, lo cual, por otro lado, también ordena el legislador. En efecto, así, se perseguirán intensamente unas conductas, indulgentemente otras, y otras, simplemente no se perseguirán. Si el legislador no se aferra estrictamente al principio de legalidad, siempre tiene la posibilidad de aportar a las autoridades instructoras los criterios para una actividad selectiva, como limitar cierta persecución penal cuando se trate de «bagatelas» en sentido amplio (por ejemplo, §§153, 154, 154a StPO) o bien cuando pueda prescindirse de la persecución penal por determinadas razones o cuando dicha persecución no pueda conducir a una ejecución de la pena conforme al ordenamiento (por ejemplo, §§153c, 154b StPO).

5. Es justo y político–criminalmente demostraría una gran visión, aplicar *ya en el momento instructorio* las **facilidades** que otorgue el *Derecho Penal material*, sin esperar al juicio, al final del proceso, de manera que ante la expectativa de aplicación de dichas facilidades, el proceso se sobreseiría. Esto rige cuando el Juez penal va a abstenerse de penar a la vista del hecho sospechoso (153b StPO) o cuando el sospechoso ha ganado la libertad a causa de arrepentimiento activo (153c StPo, ahí restringido a únicamente delitos «políticos»). Ello es justo porque ya la misma tramitación del proceso penal (y no sólo las consecuencias jurídico–penales) son una carga para el afectado y a menudo, incluso implican perjuicios. Esta carga sin embargo puede evitarse.

6. Es ingeligente, *criminalísticamente* hablando (predisposición a denunciar y a declarar) y responde al principio de *orientación en favor de la víctima*, prometer a la víctima de una *amenaza o coacción* ya en la fase sumarial, libertad de persecución a propósito del delito a causa del cual ha sido sometido a presión por el autor, lo cual regiría en cualquier caso, hasta delitos de mediana gravedad (por ejemplo, §154c StPO).

7. Para *descargar de trabajo a los Tribunales penales* y para acortar el proceso, sería aconsejable otorgar a las autoridades instructoras la posibilidad de sobreseer el proceso en delitos de hasta mediana gravedad. Debido a que ya no se trataría de bagatelas (V. B. II. 4) dicho sobreseimiento no debería implicar abstenerse de aplicar consecuencias jurídicas. En efecto, las autoridades instructoras deben tener un —siquiera restringido— poder sancionatorio (reparación del mal causado, pago de cantidades, etc.). Ahora bien, debido a que esta sanción se dirige a alguien no culpable (art. 6 de la Convención Europea para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales) el inculpado deberá estar de acuerdo con este procedimiento. Para garantizar, por otro lado, su compatibilidad con los caracteres del Estado de Derecho (separación de los poderes. V. infra B. I. 4) es exigible la aprobación del Tribunal competente. Un ejemplo de esta variante de la oportunidad es el §153a StPO, el cual es usado —y celebrado— por la praxis pero en parte duramente criticado por la doctrina.

8. Para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico y para evitar decisiones judiciales que se excluyan mutuamente sería aconsejable el sobreseimiento provisional del procedimiento sumarial (y

bajo ciertas circunstancias, definitivo) cuando la decisión jurídico–penal dependa prejudicialmente de una decisión extrapenal (por ejemplo, 154d,e StPO).

9. A un sistema jurídico–penal moderno, orientado hacia las consecuencias jurídicas, no le debería parecer obvio, continuar con un proceso penal cuando los perjuicios políticos son mayores que los beneficios («fiat justitia, pereat mundis»). Esta filosofía respondería al sobreseimiento del proceso, sobre todo en caso de «delitos políticos», cuando la continuación del proceso permitiera prever graves *perjuicios para el Estado* (por ejemplo, §153d StPO).

10. En la RFA, se ha intentado y se continúa intentando introducir una regulación sobre *«testigos estelares»* en delitos de terrorismo. El sobreseimiento del proceso por el Fiscal General Federal y/o por el Juez instructor del Tribunal Supremo Federal ante un sospechoso, el cual, desde el punto de vista criminalístico, lleva a cabo declaraciones importantes sobre el grupo terrorista. Fundamentación: Esta variante del principio de oportunidad sería la única posibilidad de lucha efectiva contra el terrorismo. Ahora bien, cómo terminarán las discusiones políticas, es algo que aún no puede preverse.

B. Presupuestos para una opción

No me corresponde dar consejos para establecer una política de persecución penal en el seno de la tensión entre legalidad y oportunidad. Mas bien me gustaría llamar la atención sobre algunas estructuras e interrelaciones que deben contemplarse si se opta por una cierta mezcla de legalidad y oportunidad.

I. Los principios de legalidad y oportunidad referidos a la persecución penal, hacen hincapié en distintas partes de la idea de Derecho: La legalidad subraya la *justicia*; la oportunidad resalta la *finalidad* (efectividad, inteligencia política). Una opción político–criminal debería, por tanto, tener en cuenta que la justicia es la meta, pero que la finalidad es la condición restrictiva para alcanzar la meta. Expresado sucintamente sería: Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario.

II. El principio de legalidad podría encuadrarse bajo las *teorías penales* absolutas. El principio de oportunidad, bajo las teorías relativas. El principio de legalidad defiende el automatismo, la igualdad y la justa expiación del hecho. El principio de oportunidad defiende la ponderación en el caso concreto, la consideración de las eventuales particularidades del caso y una inteligente orientación hacia las consecuencias. Por ello, nos parece el principio de legalidad, «clásico» y el de oportunidad, «moderno» y por ello también, tiene el principio de oportunidad en el Derecho Penal de ahora, orientado hacia las consecuencias, más predicamento. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que un sistema penal orientado exclusivamente en una dirección «moderna», amenaza con sortear las clásicas barreras del Derecho Penal y convertirse en terrorismo de Estado. El «Derecho Penal» debe por el contrario mantenerse dentro de la «insuperable barrera de la política criminal» (V. Liszt). De hecho, las objecciones que se levantaron en su día contra las «modernas» teorías penales, pueden perfectamente oponerse, mutatis mutandis, contra el principio de oportunidad.

III. El *principio de oportunidad* es ensalzado frecuentemente por su efecto *desincriminador*. Esto es básicamente correcto: Elimina prematuramente del proceso penal hechos sospechosos. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que éstos no son totalmente hechos delictivos (su punibilidad no se ha demostrado; art. 6 de la citada Convención Europea de los Derechos del Hombre...) y, sobre todo, debe observarse que el principio de oportunidad no es el instrumento correcto para la *desincriminación*. Esta, pertenece más bien al Derecho Penal material. Sería una burla del sistema, en lo teórico, y políticamente una defraudación de la colectividad, promulgar públicamente en las leyes penales incriminaciones (de bagatelas, por ejemplo) para excluirlas clandestinamente a través del proceso penal. Así, cuanto más se oriente el Derecho Penal material hacia los principios de proporcionalidad y fragmentariedad, menos oportunidades quedarán para un proceso penal oportunista.

IV. También para *descargar de trabajo a los Tribunales* —lo cual se demanda del principio de oportunidad (V. supra B. II. 7)— existen equivalentes funcionales. Junto a la desincriminación jurídico–material de injustos no merecedores de pena (C. III) debe reflexionarse especialmente sobre la introducción de procedimientos acortados y sumarios que en cada caso tienen la ventaja de su gestión judicial y de la necesaria participación del imputado.

V. Mientras el principio de oportunidad se justifique en el marco de un *cálculo de utilidades* (V. supra, sobre todo, B. II. 9, 10) deberá preguntarse críticamente por el concepto de «beneficio» y «perjuicio». En mi opinión, es injustificado, político–criminalmente, e irracional, pretender únicamente el beneficio inmediato (por ejemplo, la desarticulación de un grupo terrorista) y pasar por alto los perjuicios que a largo plazo proporciona una aplicación del Derecho conforme a una regulación de oportunidad. Quien desprecia delitos graves por cálculos estratégicos de índole criminalística o política, no sólo daña la justicia sino también perturba extraordinariamente la confianza de la población en la igualdad del Derecho Penal, y sin esta confianza, no puede sobrevivir la administración de justicia.

VI. Mientras un Derecho Penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de Derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están *determinados con absoluta precisión*. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas, destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces deforma epidémica: Las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no pueden controlarse eficazmente y, por tanto, no pueden limitarse.

VII. Si se introducen supuestos de oportunidad en el proceso penal, existen aún *otros medios* de limitar los peligros para el Estado de Derecho:

— Participación del *Tribunal* competente o del

Juez instructor para erigir una instancia de control y aminorar las objeciones provenientes del principio de división de los poderes (supra B. I. 4).

— *Aceptación* del *afectado* en cualquier caso, cuando el sobreseimiento del proceso implique perjuicios para él (§153a StPO). Si no es éste el caso, es aconsejable también la exigencia de aceptación, pues en cualquier caso, subsiste la sospecha de delito sobre un ciudadano no culpable sin esclarecimiento judicial y ésto es un perjuicio jurídico para el no culpable.

— *Exigencia de fundamentación* para todo auto de sobreseimiento pues con ello, no sólo el afectado, sino eventualmente un público interesado puede comprobar las razones del sobreseimiento.

— Configuración de un eficaz *procedimiento de obligación de pleitear* (171 y ss. StPO) pues con ello al menos el perjudicado puede controlar con ayuda del Tribunal el sobreseimiento del proceso.

VIII. Como ha podido observarse, la relación entre legalidad y oportunidad en la persecución penal en la práctica del Derecho, no es tanto un problema de textos legales como una consecuencia de la fáctica *implementación del Derecho*. Efectivamente, un Derecho Procesal —por muy inteligentemente configurado que esté y por muy acorde que sea con los principios del Estado de Derecho— sólo vinculará a la persecución penal si las autoridades instructoras y Tribunales penales se dejan vincular. Como mero principio, el de legalidad es excesivamente débil como para implantarse realmente en la práctica de la persecución penal. Las posibilidades para una persecución oportunista son demasiado numerosas, demasiado inasibles y demasiado incontrolables. Por ello, la mixtura legalidad–oportunidad, depende finalmente de la ética de las autoridades y Tribunales, del control del público y de la confianza de la población en el Derecho.

(Traducción: *M. A. COBOS GOMEZ DE LINARES.)*