



UR

El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción

El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción : Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011/ Editores Francisco J. Sintura Varela y Nicolás Rodríguez. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. 2013.

520 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-324-9 (Rústica)

ISBN: 978-958-738-325-6 (Digital)

Derecho Administrativo / Derecho penal / Corrupción administrativa / Delitos contra la administración pública / Delitos de los funcionarios / Delitos de cuello blanco / Peculado / I. Sintura Varela, Francisco J., editor / II. Rodríguez, Nicolás, editor / / III. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / IV. Título / V. Serie

345.02323

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Noviembre 29 de 2012

El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción

Retos y oportunidades
a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011

Francisco J. Sintura Varela – Universidad del Rosario

Nicolás Rodríguez – Universidad de Salamanca

-Editores académicos-



© 2013 Editorial Universidad del Rosario
© 2013 Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2013 Francisco J. Sintura Varela, Nicolás Rodríguez,
Fernando Andrade Fernandes, Ignacio
Berdugo Gómez de la Torre, Giorgio D. M.
Cerina, Adán Carrizo González-Castell, Paola
Casabianca-Zuleta, Jaime Lombana Villalba,
Carlos Guillermo Castro Cuenca, Eduardo A.
Fabián Caparrós, Emmanuel Jiménez Franco,
M.^a Belén Lozano García, Nuria Matellanes
Rodríguez, Diego Mauricio Montoya Vacadiez,
Omar Gabriel Orsi, Álvaro Osorio Chacón,
Ana Isabel Pérez Cepeda, Francisco Bernate
Ochoa

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Fecha de evaluación: 7 de junio de 2012
Fecha de aprobación: 31 de agosto de 2012

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2013

ISBN: 978-958-738-324-9 (Rústica)
ISBN: 978-958-738-325-6 (Digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Lozada
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Multi-impresos S.A.S.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Presentación	xiii
Corrupción, principio de oportunidad y política criminal del Estado	1
<i>Fernando Andrade Fernandes</i>	
<i>Nicolás Rodríguez García</i>	
I. Introducción	1
II. Principio de legalidad <i>versus</i> principio de oportunidad	13
III. Los delitos de corrupción y las manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el proceso penal	33
IV. Epílogo	51
Consideraciones en torno a la tipificación del delito de corrupción privada	53
<i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	
<i>Giorgio D. M. Cerina</i>	
I. Consideraciones generales	53
II. La corrupción entre particulares. Los convenios internacionales	62
III. Los modelos de tipificación de la corrupción entre particulares en el Derecho comparado	88
IV. Breves notas acerca de la tipificación de la corrupción privada en el Estatuto Anticorrupción	101
V. Conclusión	103
El agente encubierto como instrumento de lucha contra la corrupción: análisis comparado de las regulaciones española y colombiana	105
<i>Adán Carrizo González-Castell</i>	
I. Introducción	105
II. Concepto y normativa reguladora	107
III. Ámbito de aplicación	112
IV. Requisitos para la utilización de la figura del agente encubierto	114
V. Identidad supuesta y protección del agente encubierto	120

VI. Responsabilidad del agente encubierto	123
VII. Reflexiones finales	124
Relación entre la corrupción y el crimen organizado	127
<i>Paola Casabianca-Zuleta</i>	
I. Introducción	127
II. Aproximación al concepto de crimen organizado y su relación con la corrupción	128
III. El concierto para delinquir (artículo 340 de la Ley 599 de 2000)	133
IV. Relación entre criminalidad organizada y corrupción	139
V. Conclusión	145
Bibliografía	145
Estatuto anticorrupción y política criminal	149
<i>Jaime Lombana Villalba</i>	
<i>Carlos Guillermo Castro Cuenca</i>	
I. Introducción	149
II. Medidas frente a las causas de la corrupción contempladas en el Estatuto	150
III. Efectos de la corrupción	161
IV. Fundamentos político-criminales en la lucha contra la corrupción	168
Bibliografía	173
El delito de corrupción transnacional en el Derecho colombiano frente a los compromisos internacionales	179
<i>Eduardo A. Fabián Caparrós</i>	
I. Introducción	179
II. La posición de Colombia frente a las iniciativas internacionales	181
III. La tipificación del soborno transnacional en el Código Penal colombiano	191
IV. Epílogo. Conclusiones de <i>lege ferenda</i>	207
Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción	211
<i>Emmanuel Jiménez Franco</i>	
I. Desafío al futuro: legalidad, transparencia e integridad	211

II. Medidas de <i>lege lata</i> de lucha contra la corrupción: el caso colombiano	212
III. Transparencia y tendencias actuales en la prevención de la corrupción	239
La corrupción y el papel del sector empresarial en la contratación pública	265
<i>M.^a Belén Lozano García</i>	
I. Introducción	265
II. Contratos entre las empresas y la Administración	266
III. Contratos legales y acuerdos corruptos	268
IV. Análisis coste-beneficio	271
V. Descendiendo al análisis corporativo	275
VI. Conclusiones	280
Bibliografía	281
Corrupción en la administración de justicia	283
<i>Nuria Matellanes Rodríguez</i>	
I. La corrupción en la administración de justicia. Precisiones conceptuales y dimensión pública	283
II. Niveles de corrupción en la justicia	286
III. Algunos datos significativos sobre la corrupción en la justicia	288
IV. Efectos que genera la corrupción en la administración de Justicia	292
V. Marco normativo internacional	296
VI. Las exigencias de una justicia “íntegra”, en cumplimiento del mandato de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción	297
VII. La prevaricación como forma característica de corrupción en la justicia. Rasgos más destacados	298
Bibliografía	305
Peculado y malversación: la protección del tesoro público. Un análisis comparativo entre el Derecho penal colombiano y el Derecho penal español	307
<i>Diego Mauricio Montoya Vacadéz</i>	
I. Sobre el bien jurídico protegido a través de los tipos penales de peculado y malversación	308

II. Los funcionarios públicos y los particulares o indeterminados	310
III. Sobre las modalidades de peculado y de malversación	318
IV. Conclusiones	330
Bibliografía	332

La prescripción de la acción penal en el Estatuto Anticorrupción colombiano 335

Omar Gabriel Orsi

I. Introducción	335
II. Estructura, objetivos y trámite de la norma	336
III. Régimen general de la prescripción de la acción penal en Colombia	338
IV. La nueva regulación en materia de prescripción de la acción penal	340
V. Aspectos relevantes de la reforma del instituto de prescripción de la acción penal	341
VI. Tendencias y aspectos debatibles de la reforma	346
VII. Consideraciones finales	359

El soborno y la malversación pública y privada en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y en el Estatuto Anticorrupción 365

Álvaro Osorio Chacón

I. Introducción	365
II. La corrupción pública y privada	366
III. El tratamiento del soborno y la malversación como formas de corrupción en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción	368
IV. La implementación en Colombia de las normas de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción sobre soborno y malversación	371
V. Conclusiones	379
Bibliografía	381

Corrupción y administración pública 383

Ana Isabel Pérez Cepeda

I. Introducción	383
II. Instrumentos internacionales	387

III. La corrupción de Estado en España después de la reforma LO 5/ 2010 de 22 de junio	394
IV. Referencias a la nueva regulación de la corrupción en la administración pública prevista en el Estatuto Anticorrupción colombiano	404
V. Conclusiones	409
Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas	417
<i>Nicolás Rodríguez García</i>	
I. Contextualización del objeto de estudio	417
II. Se puede aprender de los “aciertos” y “errores” ajenos: breves apuntes sobre la reciente experiencia legislativa española reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	436
III. Comentario final	481
El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana	483
<i>Francisco J. Sintura Varela</i>	
<i>Francisco Bernate Ochoa</i>	
I. Introducción	483
II. Análisis dogmático del tipo de administración desleal	485
Bibliografía	503

Presentación

Si a nivel internacional, desde 2003, el 9 de diciembre de cada año se celebra el *Día Mundial contra la Corrupción*, fecha emblemática con la que se trata de aumentar la sensibilización colectiva respecto de la corrupción y recordar el papel que puede y debe desarrollar en su prevención y represión la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en la historia jurídica reciente de Colombia los meses de junio y julio de 2011 serán recordados porque en pocas semanas fueron aprobadas normativas en materia de seguridad –Ley 1453–, víctimas –Ley 1448– y corrupción –Ley 1474–, en un intento por hacer frente a la impunidad y por mejorar la seguridad ciudadana y el respeto a los derechos y garantías fundamentales, en particular ante uno de los mayores flagelos: la corrupción.

Con la promulgación de la Ley 1474, de 12 de julio, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, conocida popularmente como “Estatuto Anticorrupción”, inserto en el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, y que recoge el testigo de su antecesor de la Ley 190 de 1995, Colombia se ha sumado a la lista de países que en el último decenio han revisado su ordenamiento jurídico para diseñar y ejecutar una estrategia integral contra la corrupción.

Y no puede ser de otra forma, porque frente a las tendencias e inercias preteritas, que han tratado los casos de corrupción sin dejar espacios a la prevención al considerarlos como problemas de unas pocas personas –y no estructurales–, sencillos –y no complejos, que requieren un afronte inter y multidisciplinar–, resolubles exclusivamente a partir de la aplicación de la normativa represora general –y no específica–, por medio de los órganos e instituciones existentes –no especializados– de nivel nacional –rechazando cualquier colaboración o interferencia externa–, la tozudez de los hechos es implacable: ineficaz funcionamiento de los resortes del Estado de Derecho en el control de la corrupción,

aumento progresivo de los asuntos, cuantía y efectos, y una ciudadanía hastiada, indefensa, resignada y desconfiada con el funcionamiento de las instituciones democráticas. Basten dos datos para corroborar estas ideas en el caso colombiano: en el “Índice de Percepción de la Corrupción”, de Transparencia Internacional, Colombia progresivamente va perdiendo posiciones y empeorando su calificación: en 2011 obtiene 3’4 puntos sobre un máximo de 10, ocupando el lugar 80 de 182 países; y en el “Índice de Calidad Institucional” de 2011, de la Fundación Libertad y Progreso y que mide la calidad política y económica, aunque poco a poco va mejorando, Colombia se sitúa en el lugar 89 de 194 países, con un indicador de 0’5018 sobre 1.

Estamos, pues, ante un Estatuto Anticorrupción participado en su gestación y difusión pública, cargado de simbolismo hacia el pueblo colombiano y la comunidad internacional, en el que más allá de la técnica legislativa o de la mejor o peor fortuna de los innumerables cambios e innovaciones que recoge –algunos ya corregidos y aumentados por la Corte Constitucional– lanza un ataque directo a las principales causas que generan corrupción, de manera particular en algunos sectores como la salud, tratando así de implementar en el ordenamiento jurídico colombiano los compromisos internacionales asumidos a partir de la ratificación de numerosos instrumentos internacionales sobre la materia, implicando en esta tarea al poder público, al sector privado y a la sociedad.

En este intento de retornar a la legalidad y de concienciar a los ciudadanos de que la corrupción es un problema suyo –en sus causas, en su comisión y en sus efectos–, la Universidad tiene que desempeñar un papel fundamental.

Más allá del rol que el Estatuto Anticorrupción reserva a las universidades colombianas en el artículo 66 dentro de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, es esperable de los claustros universitarios no sólo la promoción de la filosofía de esta política anticorrupción a través de seminarios, cursos y conferencias, sino también la potenciación y el apoyo a sus investigadores para que estudien y contribuyan con sus trabajos en la intelección, mejora y desarrollo de *caja de herramientas anticorrupción* que representa el Estatuto. Justamente esto es lo que ha hecho el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: primero, encargar al Departamento de Derecho Penal la elaboración de un trabajo colectivo en el que se aborden algunos de los puntos nucleares del Estatuto Anticorrupción; segundo, reforzar la cooperación institucional e internacional con la Universidad de Salamanca, casa de Altos Estudios *hermana*, quien a través de investigadores

del Grupo de Estudios sobre la Corrupción aporta en este libro la experiencia española, europea e internacional en el tratamiento multidisciplinar de esta materia, lo que sirve para testar la sanidad y el enfoque nacional al fenómeno de la corrupción; y por último, apoyar la difusión del trabajo al acogerlo en el sello Centro Editorial de la Universidad del Rosario.

Con esta obra que hoy presentamos, no sólo ponemos a consideración de la comunidad algunas inquietudes sobre el flagelo de la corrupción, sino que reforzamos los lazos institucionales que ligan al Colegio Mayor del Rosario con la Universidad de Salamanca, los cuales datan desde la misma fundación de la Universidad del Rosario, y que esperamos se sigan estrechando con el paso del tiempo.

Como editores y responsables de este libro sólo nos queda dejar constancia escrita de nuestra gratitud al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y a los autores –colombianos, españoles, argentinos, brasileños e italianos– de los trabajos: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Francisco Bernate Ochoa, Adán Carrizo González-Castell, Paola Casabianca Zuleta, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Giorgio D. M. Cerina, Eduardo A. Fabián Caparrós, Fernando A. Fernandes, Emmanuel A. Jiménez Franco, Jaime Lombana Villalba, María Belén Lozano García, Nuria Matellanes Rodríguez, Diego Mauricio Montoya Vacadiez, Omar G. Orsi, Álvaro Osorio Chacón, Ana I. Pérez Cepeda, por su esfuerzo, dedicación y cumplimiento del cometido que les fijamos, y de los requerimientos temporales y formales a los que les hemos sometido.

El resultado final es un conjunto de estudios que ponen ante la palestra pública algunos de los aspectos más significativos de un fenómeno dinámico y pluriforme, con especial atención al tratamiento jurídico que se le da desde el sistema penal. En última instancia, será el lector quien juzgue si la elección de los temas y su abordaje ha sido el más correcto.

Los editores académicos
Bogotá, a once de agosto de dos mil doce
Francisco J. Sintura Varela
Director del Departamento de Derecho Penal
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia)
Nicolás Rodríguez García
Director del Grupo de Estudio sobre la Corrupción
Universidad de Salamanca (España)

Corrupción, principio de oportunidad y política criminal del Estado

Fernando Andrade Fernandes*
Nicolás Rodríguez García**

I. Introducción

Con el surgimiento de nuevas situaciones sociales que ponen en peligro derechos y valores fundamentales de la comunidad, como consecuencia del desarrollo y el aumento de la complejidad de las relaciones, las instancias informales de control –la familia, el barrio o las pequeñas comunidades– se ven debilitadas, lo que determina que haya que ampliar el ámbito de actuación del Derecho penal. De esta manera, a las instancias formales de control se les atribuyen nuevas tareas cuya realización práctica excede notoriamente su capacidad de respuesta.¹

* Profesor de Derecho Penal y Proceso Penal. Doctor en Derecho por la Universidad de Coimbra, Portugal. Coordinador del Grupo de Políticas Públicas y Estado de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Estadual Paulista “Julio Mesquita Filho”, Brasil.

** Profesor Titular de Derecho Procesal –catedrático *acreditado*–. Director, en la Universidad de Salamanca, del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción” (GRESKO-USAL) y de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno [<http://buengobierno.usal.es>] en la que se imparte anualmente el Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Miembro del Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, así como del “Grupo de Estudio sobre corrupción, delincuencia económica y crimen organizado de la Universidad de Salamanca, reconocido como “Grupo de Investigación de Excelencia de Castilla y León”.

Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en dos proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1).

¹ Figueiredo Dias, J., “A lei criminal. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, *Ciências criminais: Sumários das lições proferidas ao curso complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1976, pp. 74-75. En este mismo sentido Velásquez Velásquez constata cómo en la evolución histórica del proceso penal se produce un *círculo vicioso*: en la Antigüedad imperaba la justicia privada y ello era apenas explicable por la ausencia del aparato estatal; en la época moderna se quiere retornar a ella como un instrumento utilitario llamado a brindar eficacia, así se tenga un estado poderoso

Fue en el contexto del modelo de Estado social, y en la correspondiente fundamentación en el positivismo jurídico,² cuando se produjo un crecimiento desproporcionado de las normas penales sancionatorias,³ provocando un incremento incontrolable de las áreas de criminalización⁴ y una verdadera inflación de la legislación penal.⁵ Desde ese momento, se crearon las bases que culminaron con el fenómeno denominado como *overload* del sistema punitivo estatal, caracterizado por estar sobrecargado tanto con relación a los ilícitos penales y sus correspondientes sanciones como también por los mecanismos de aplicación del Derecho penal,⁶ de manera tal que pasaba ni por ser *eficiente* ni por ser *funcional*.⁷ Esta situación, en lo esencial, se ha dado en

(Velásquez Velásquez, F., “La justicia negociada: Un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema”, en AA.VV., *Sistema penal acusatorio y nuevos retos*, Bogotá, 2010, p. 35).

² Vid. Figueiredo Dias, J. de, “A ciência conjunta do Direito Penal”, *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*, São Paulo, 1999, pp. 29 y ss., quien analiza y caracteriza de manera pormenorizada este momento a partir del estatuto de política-criminal en el que se fundamentaba.

³ Luisi, L., *Os princípios constitucionais penais*, Porto Alegre, 1991, p. 27.

⁴ Costa Andrade, M. da, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, 1991, p. 62.

⁵ Cordero, F., *Procedura penale*, 5.ª ed., Milán, 2000, p. 195.

Traduciendo este mismo fenómeno y también identificando como una de sus causas la gradual transformación del Estado liberal en el Estado social, a partir de la creciente expansión de la intervención pública en sectores anteriormente reservados a la autonomía de los particulares, en Italia Paliero lo caracteriza como la *hipertrofia* del Derecho penal. Por su parte, Padovani considera que antes que una inflación legislativa hay una *psicosis legislativa* que provoca consecuencias nocivas para todo el sistema punitivo estatal, en especial en el campo procesal al generarse importantes retrasos en la tramitación de los procedimientos penales. Vid. Paliero, C. E., “Note sulla disciplina dei reati ‘bagatellari’”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, pp. 921-922; Padovani, T., “Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, p. 926. Vid., además, Figueiredo Dias, J. de, “A lei criminal...”, cit., pp. 192-193; Luisi, L., *Os princípios...*, cit., p. 28; Assis Toledo, F. de, *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, 1991, p. 5; Díez Ripollés, J. L., “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, en AA.VV., *El estado actual de las ciencias penales*, Bogotá, 2009, pp. 229 y ss.

⁶ Vid. Cancio Meliá, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005, pp. 71 y ss.

⁷ Por ello Hassemer y Muñoz Conde consideran que la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal, más que una *opción*, es una *claudicación resignada* ante las necesidades del moderno Derecho penal, e incluso, que sin este principio el actual Derecho penal material apenas podría aplicarse en el proceso (Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 38 y 39).

la mayor parte de los ordenamientos jurídico-penales contemporáneos,⁸ sin distinción en cuanto al modelo de organización política en el que se asentara; sin embargo, una versión más grave del problema se dio en aquellos sistemas jurídicos orientados de manera preponderante al reconocimiento y protección de los derechos de los ciudadanos, en los cuales, de manera consecuente, se defendía una versión más rígida y pura del dogma de la legalidad –material y procesal– y de las exigencias derivadas del mismo.

Más allá de lo que pudiera parecer de lo afirmado hasta ahora, ni estamos ante un problema novedoso ni tampoco se puede afirmar de manera restrictiva que el fenómeno del *overload* sea una consecuencia exclusiva de la hipertrofia del sistema punitivo estatal. Así, si los excesos derivados de la gran produc-

⁸ Sin embargo, como señala Silva Sánchez, esta situación de *crisis del sistema penal*, de la que hablan penalistas y procesalistas, no es un fenómeno novedoso: es un elemento connatural o immanente al Derecho penal como conjunto normativo, que se prolonga como mínimo desde la época de la Ilustración y los primeros Estados de Derecho, cuyas causas deben buscarse en el conflicto interno aún no resuelto entre libertad individual y seguridad ciudadana (Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 13 y ss.). A partir de ella se produce, tanto en el ámbito penal como en el procesal, una *legislación de emergencia*, como en el caso de Colombia estudian Martínez Rave, G., *La conciliación en el procedimiento penal colombiano*, 3.ª ed., Bogotá, 2002, pp. 1 y ss.; Pérez Toro, W. F., Vanegas Yepes, A. L. y Álvarez Martínez, C. M., *Estado de Derecho y sistema penal*, Bogotá, 2004; y Ruiz Rengifo, H. W., *Dos estudios en el Derecho penal hipermoderno*, Bogotá, 2008, pp. 97 y ss. En general sobre esta cuestión vid. Almagro Nosete, J., “Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cumplirse su centenario”, *Justicia*, 1982, núm. 2, pp. 75 y ss.; Gimeno Sendra, V., “Causas históricas de la ineficacia de la justicia”, *Justicia*, 1987, núm. 3, pp. 579 y ss.; Pedraz Penalva, E., “Sobre la crisis de la Justicia”, *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pp. 35 y ss.; Moreno Catena, V., “La Justicia penal y su reforma”, *Justicia*, 1988, núm. 2, pp. 313 y ss.; GutiérrezAlviz y Conradi, F., “Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, 1988, núm. 2, pp. 82 y ss.; Calvo Sánchez, M. C., “La reforma del proceso penal”, AA.VV., *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 5 y ss.; Ferrajoli, L., “El derecho como un sistema de garantías”, *Jueces para la democracia*, núms. 1617, 1992, pp. 61 y ss.; Vázquez Sotelo, J. L., “La reforma del proceso penal”, en AA.VV., *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)*, Oviedo, 1992, pp. 267 y ss.; Hassemer, W., “Crisis y características del moderno Derecho penal”, *Actualidad Penal*, 1993, pp. 635 y ss.; Taruffo, M., “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 311 y ss.; Moccia, S., “La crisis del sistema penal en Italia. Aspectos de Derecho sustancial y procesal”, en AA.VV., *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Bogotá, 2000, pp. 125 y ss.; Binder, A. M., *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires, 2000; Gómez Colomer, J. L., “Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2002, vol. I, 2002, pp. 119 y ss.; Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y la para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003; Velásquez Velásquez, F., “Globalización y Derecho penal”, en AA.VV., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, pp. 185 y ss.; Quintero Olivares, G., *Adónde va el Derecho penal*, Madrid, 2004; Díez Ripollés, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires, 2007, pp. 61 y ss.

ción normativa en materia penal es uno de los aspectos más sobresalientes del problema referenciado, a ello tienen que ser añadidas razones de naturaleza estructural del propio sistema penal que impiden, o al menos dificultan en gran medida, su gestión racional.⁹ Incluso, siendo una consecuencia de la mencionada situación, la sobrecarga que se ha producido en la actividad de los tribunales del orden jurisdiccional penal, con clara incidencia negativa en el tiempo¹⁰ en que tarda en prestarse la constitucionalizada tutela judicial

⁹ En cuanto al primero de los aspectos mencionados, la excesiva producción legislativa en materia penal es utilizada como un medio para tranquilizar a la opinión pública y así inducir al *consenso demagógico* de que la —única, o mejor— alternativa para el problema del control social es la creación de nuevos delitos y penas, así como el agravamiento de las consecuencias jurídicas derivadas de las conductas ya tipificadas, con preterición total de criterios de política criminal claros y coherentes en su regulación, lo que en última instancia provoca el mayor de los descréditos del Derecho penal y de la función que en esencia le es propia. A este respecto vid. Castelli, C., “Esigenze di deflazione e risposte possibili tra obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale”, *Questione Giustizia*, 1990, núm. 1, p. 97; Figueiredo Dias, J., de, “A reforma do direito penal português Princípios e orientações fundamentais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, 1972, p. 113; Montero Aroca, J., *El Derecho procesal en el siglo xx*, Valencia, 2000, pp. 132 y ss.

¹⁰ Con todo acierto Adérito Teixeira expone cómo en la actualidad parece haber cambiado la noción del tiempo, y así las expectativas de la sociedad no se compadecen hoy en día con el largo plazo, ni con el mediano plazo, ni siquiera con el corto plazo, por lo que los plazos procesales —y su habitual incumplimiento— lo único que generan es desazón y desconfianza en el proceder de los operadores jurídicos. Como señala, en el calendario del nuevo milenio el tiempo que cuenta es el *tiempo real*, el *plazo on line*, lo que trae como consecuencia que el elemento de mayor desvalor que se asigna a la Administración de Justicia es su lentitud, estando extendida la idea de que una justicia tardía redundaría fácilmente en una injusticia ya que siempre “aquellos que tardan en vencer serán vencidos” (Adérito Teixeira, C., *Principio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*, Coimbra, 2000, pp. 10 y ss.). Con relación a este cuestión en España, y a la incidencia que en ello tienen los medios de comunicación, vid. Toharía Cortés, J.J. y García de la Cruz Herrero, J.J., *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, 2006; García de la Cruz Herrero, J.J., “La Justicia que muestran los medios de comunicación y la valoración de los españoles en los últimos veinte años: Barómetro de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7477, 2010, pp. 10 y ss. En esta materia es fundamental tomar en consideración la vigencia del constitucionalizado *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, que, en el caso español, ha visto potenciada su relevancia en el orden jurisdiccional penal en la reciente reforma efectuada al Código Penal a partir de la cual se ha legalizado la consideración de las dilaciones indebidas como una *atenuante específica*. Sobre la misma vid. Pérez-Cruz Martín, A. J. y Rodríguez García, N., “Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: de la *atenuante analógica* a la *atenuante específica* del Código Penal”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2011, pp. 111 y ss.

efectiva,¹¹ es una situación que, sin necesitar tener que ser demostrada,¹² conduce inexorablemente a la ineficiencia del sistema de justicia penal¹³ y a una mala percepción de su funcionamiento por parte de la ciudadanía.¹⁴

Este fenómeno resulta potenciado por la rigidez del principio de legalidad –material y procesal– especialmente cuando se observa que una gran parte de las conductas sujetas a la actuación de la tutela penal están referidas, tanto en casos en los cuales las lesiones de los bienes jurídicos protegidos son insignificantes como en situaciones en las cuales los conflictos están referidos a bienes de escaso valor.¹⁵ Siendo así, como destaca Peters, una persecución

¹¹ Esta expresión, contenida en el artículo 24 de la Constitución Española, también es objeto de reconocimiento en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, si bien no forma parte del articulado de los dos *Tratados* europeos después de la reforma operada en 2009 en Lisboa, tiene el mismo valor jurídico que éstos y vincula a los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea; además, se reconocen otros derechos y principios como “juez imparcial” (Art. 47), “presunción de inocencia” y “defensa” (Art. 48), “legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas” (Art. 49), y el “no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción” (Art. 50). Vid. AA.VV., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Madrid, 2008; Id., *La justicia y la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2008; y con relación a la fuerza pujante de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional alemán en la construcción del Espacio Europeo de los Derechos, vid. González Pascual, M., *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del Espacio Europeo de los Derechos*, Cizur Menor, 2010.

¹² Vid. Paliero, C. E., “Note sulla disciplina...”, cit., pp. 923-924, quien señala que existe una relación directa entre la hipertrofia del Derecho penal y la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales. Según Luisi resalta, no sólo la indivisibilidad del binomio, sino también el hecho de que buena culpa de esta situación la tiene la decisión política de castigar penalmente hechos con poco potencial ofensivo (Luisi, L., *Os princípios...*, cit., pp. 27-28).

¹³ Esta idea ya ha sido expuesta por Schünemann con relación a la experiencia alemana de los últimos años, de la que se puede concluir que no es posible solventar un número lo suficientemente grande de procesos penales económicos, lo cual es imprescindible para la eficacia preventiva del Derecho penal económico (Schünemann, B., “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, en AA.VV., *Jornadas sobre la ‘Reforma del Derecho Penal en Alemania’*, Madrid, 1991, p. 46).

¹⁴ Tomando en consideración la idea de que una justicia lenta no es justicia, los integrantes del Poder Judicial, como cualquier ciudadano, están preocupados por la celeridad de los enjuiciamientos penales y por alcanzar el ideal de que las sentencias finales sean dictadas de manera rápida, y justa, para así restablecer de manera adecuada la paz social afectada previamente por el conflicto. Cfr. Cernicchiaro, L. V. y Costa Jr., P. J., *Direito penal na Constituição*, São Paulo, 1991, p. 179; Gómez Colomer, J. L., “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 4, 1997, pp. 85 y ss.; Rodríguez García, N., “El ‘Derecho premial’ como remedio para lograr que la Justicia penal española sea eficaz”, en AA.VV., *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, México, 2003, pp. 571 y ss.

¹⁵ Vid. Armenta Deu, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991; Rodríguez García, N., “La modernización del enjuiciamiento de las bagatelas penales

de todos estos hechos insignificantes, conforme a una aplicación estricta del principio de legalidad procesal, de manera irremediable provocaría una sobrecarga en la actividad jurisdiccional,¹⁶ con lo que en última instancia sufrirían las consecuencias del retardo del actuar judicial las víctimas de la mediana y gran criminalidad en particular, y la sociedad en general.

Ante estos problemas surgidos a partir de este movimiento de inflación legislativa penal y de sobrecarga del aparato judicial, en especial en el orden penal, desde hace años se han arbitrado soluciones en el campo del Derecho penal material, las cuales han estado orientadas principalmente a descriminalizar algunas conductas penalizadas y en otros casos solamente a despenalizarlas, dejando al ámbito administrativo o al civil la fijación de consecuencias desfavorables por su comisión. Sin embargo, ante su insuficiencia, la actuación reformista tuvo que ampliar su campo de actuación al proceso penal,¹⁷ en el que de manera progresiva en los últimos años se han ido ensayando importantes reformas orgánicas y procedimentales tratando de alcanzar el ideal de un proceso penal justo, equitativo, en el que por encima de todo prime el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y en el que la víctima

en Brasil”, *Justicia*, 2001, pp. 194 y ss.; Id., “Análisis de la nueva regulación del ‘principio del consenso’ en el procedimiento penal abreviado español”, en AA.VV., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pp. 1455 y ss.

Por esta razón Ambos destacó hace años, desde una óptica supranacional, cómo el denominador común en muchos ordenamientos jurídicos europeos e iberoamericanos ha sido el tramitar los asuntos penales más comunes y de menor gravedad conforme a procedimientos alternativos al ordinario, reservando éste para los casos más graves (Ambos, K., “Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos”, *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm. 3, pp. 547 y ss.). Más ampliamente vid. AA.VV., *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, 1999; Binder, A., *Ideas y materiales para la reforma de la Justicia penal*, Buenos Aires, 2000; AA.VV., *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, 2001; AA.VV., *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Buenos Aires, 2002; AA.VV., *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, Valencia, 2005; AA.VV., *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*, Buenos Aires, 2008; Marchisio, A., *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Buenos Aires, 2008, pp. 441 y ss.; AA.VV., *Reformas del proceso penal y seguridad ciudadana en Iberoamérica*, Valencia, 2009.

¹⁶ Peters, K., “Le ministère public”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 34, núms. 3-4, 1963, p. 9. Y en el mismo sentido vid. Bottcher, R., “The relations between the organization of the judiciary and criminal procedure in the federal republic of Germany”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, 1989, p. 974.

¹⁷ Armenta Deu se refiere a este movimiento legislativo como la *huida* del proceso hacia mecanismos alternativos (Armenta Deu, T., “Pena y Proceso: fines comunes y fines específicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, núm. II, p. 451).

tenga una adecuada protección.¹⁸ Sentida entonces la hipertrofia tanto en el ámbito penal como en el procesal, una vez más nos reafirmamos en la idea de que la mejor manera de proceder entonces es que el *legislador penal* actúe de manera coordinada y armónica con el *legislador procesal*,¹⁹ si es que no se quiere que la agonía del *sistema penal* se prolongue mucho más.

De entre las diversas medidas adoptadas en esta dirección, junto al condicionamiento del ejercicio de la acción penal a la manifestación expresa de querer la actuación jurisdiccional por parte del ofendido por el delito –sobre quien pesa la carga, según los casos, de formular una denuncia o una querrela– y a la simplificación procedimental que puede operar en algunos asuntos de escasa relevancia o de fácil tramitación, sobresale la adopción de mecanismos que atenúan el rigor del principio de legalidad procesal, los cuales buscan alcanzar espacios de consenso entre las partes acusadoras –en esencia

¹⁸ En este sentido Roxin ha señalado que la clara diferenciación entre la relación del delincuente con el Estado, de un lado, y con la víctima, de otro, parece a primera vista obvia desde una perspectiva lógica y jurídica-sistemática, pero tiene desafortunadas consecuencias en el aspecto político-social: el castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima, ya que dificulta la reparación del daño por el delincuente e incluso lo impide por completo (Roxin, C., “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, AA.VV., *Jornadas sobre la “Reforma...”*, cit., pp. 19 y ss.). Vid. además Hirsch, H. J., “La posición del ofendido en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1990, pp. 561 y ss.; Paliero, C. E., “Consenso sociale e Diritto penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, pp. 873 y ss. Con relación a Colombia vid. Forero Ramírez, J. C., “Derechos de las víctimas en el nuevo sistema acusatorio”, en AA.VV., *Sistema penal acusatorio*, Bogotá, 2005, pp. 164 y ss.; Palacio Sobrino, M., *Justicia, paz y tratamiento de víctimas en el sistema penal*, Bogotá, 2008; González Navarro, A. L., *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*, Bogotá, 2009; Bernal Suárez, F. D. y Molina Arrubla, C. M., *La víctima en el proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá, 2010; Molina Guerrero, M. I., *Proceso penal y justicia restaurativa. La necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*, Bogotá, 2010; Montoya Reyes, C., “La protección de la víctima en el sistema penal acusatorio”, en AA.VV., *El sistema acusatorio en el contexto colombiano*, Bogotá, 2010, pp. 361 y ss.; Rincón, T., *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, 2010.

¹⁹ Recientemente en Rodríguez García, N., “El progresivo diseño de espacios judiciales penales comunes para enfrentar la impunidad de la corrupción”, *Revista Brasileira de Ciencia Criminal*, núm. 89, 2011, pp. 246 y ss. En este mismo sentido vid. Hassemmer, W. y Muñoz Conde, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 37; Schünemann, B., “Determinación de la estructura del proceso penal por medio del Derecho Penal material”, AA.VV., *El estado actual...*, cit., pp. 353 y ss.; Binder, A., *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Buenos Aires, 2011, pp. 55 y ss.

la Fiscalía,²⁰ en ejecución de la política criminal estatal²¹— y acusada en aras a alcanzar una solución rápida y mutuamente aceptada de la contienda judicial. Aquí es, por tanto, donde tenemos que ubicar en el proceso penal todas las instituciones y trámites que se rigen, en mayor o menor medida, por el denominado principio de oportunidad.²²

En este escenario es en el que hay que hacer un llamado a la prudencia, porque la experiencia en los últimos años ha demostrado que en no pocas ocasiones diferentes ordenamientos jurídicos han echado mano de estas manifestaciones del principio de oportunidad en un intento desesperado por aumentar la eficiencia del proceso penal,²³ sobrecargado por la actuación legis-

²⁰ En el estudio del principio de oportunidad es fundamental tomar en consideración siempre la configuración institucional del Ministerio Fiscal, tanto orgánica como funcional, así como las competencias que el mismo pueda tener en la fase de investigación del proceso —partícipe o director— y si el ejercicio de la acción penal lo realiza de forma monopolística o no. Este debate ha sido uno de los principales que en España se han producido en los últimos años y que ha venido postergando los reiterados anuncios de verificación de una reforma global de la aun vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Sobre esta cuestión vid. Gimeno Sendra, V., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en AA.VV., *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Cizur Menor, 2005, pp. 29 y ss.; Moreno Catena, V., “La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, AA.VV., *La posición del fiscal...*, cit., pp. 45 y ss.; Andrés Ibáñez, P., “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 1, 2007, pp. 11 y ss.; Díez-Picazo Ponce de León, L. M., “Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 1, 2007, pp. 29 y ss.; Montero Aroca, J., “Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y evitación del juicio oral”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 1, 2007, pp. 41 y ss.; Espina Ramos, J. A., “La instrucción por el Ministerio Fiscal: La reforma eternamente pendiente”, AA.VV.: *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp. 411 y ss.; Fuentes Soriano, O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal”, AA.VV., *Nuevos retos de la Justicia penal*, Madrid, 2008, pp. 161 y ss.; Garberí Llobregat, J., “¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un gran inconveniente”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pp. 169 y ss.

²¹ Sobre esta cuestión vid. Arboleda Ripoll, F. E., “La política criminal derivada de los valores de la Constitución”, AA.VV., *Sentido y contenidos...*, cit., pp. 255 y ss.; Forero Ramírez, J. C., *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*, Bogotá, 2006, pp. 127 y ss.; González Zapata, J., “La política criminal en Colombia o cómo se construye un enemigo”, AA.VV., *El estado actual...*, cit., pp. 133 y ss.; Mestre Ordóñez, J. F., *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*, 3ª. ed., Bogotá, 2011, pp. 71 y ss.

²² Con relación a su utilización en diversos ordenamientos latinoamericanos para tratar de hacer frente a determinados delitos complejos, entre ellos la corrupción, vid. AA.VV., *Persecución de delitos complejos. Capacidades de los sistemas penales en América Latina*, Santiago de Chile, 2010.

²³ Así, Santana Vega ubica al principio de oportunidad dentro de un contexto de crisis y de ansia, cuando no de obsesión, por la celeridad y eficacia del proceso penal como generador de confianza ciu-

lativa llevada a cabo en materia penal. El recurso al principio de oportunidad, bien pensado, regulado y aplicado, puede ser *una* buena medida para contribuir a que el sistema penal de un Estado de Derecho se conduzca por las sendas marcadas de manera clara por las constituciones y tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales, pero no la única.²⁴ Estamos, por tanto, defendiendo ya desde este momento preliminar un uso del principio de oportunidad conforme a un doble criterio: cuantitativo –aumento de la *productividad procesal*– y cualitativo –forma de evitar conductas injustas y arbitrarias²⁵–, que contribuya al buen funcionamiento del sistema punitivo estatal.

En definitiva, consideramos que tiene que ser cuestionada la elección de la deflación procesal como valor absoluto que conseguir a toda costa, puesto que en ese hipotético escenario se corre el riesgo de estimular un clima general de *permissividad* con relación a la investigación de los hechos punibles, lo que favorecerá un incremento de la desconfianza en la voluntad y capacidad del Estado para cumplir con su misión de protección,²⁶ alcanzándose importantes cotas en los niveles de percepción de la impunidad.²⁷ Por ello, más allá

dadana (Santana Vega, D. M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, núm. II, p. 106).

²⁴ Y ello al menos por dos razones de diversa índole: desde el plano teórico, porque como explica Schünemann se da una falta de concordancia entre los acuerdos procesales con los fines penales (Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)?”, *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 299 y ss.); y desde la práctica porque los preacuerdos, negociaciones y procedimientos alternativos operan básicamente en casos de flagrancia, pero no cuando el objeto del proceso penal lo constituyen hechos relacionados con la corrupción, el narcotráfico o el crimen organizado (AA.VV., *Persecución de delitos complejos...*, cit., 2010; Velásquez Velásquez, F., “La justicia negociada...”, cit., pp. 36 y ss.).

²⁵ Hassemer, W., “Crisis y características del moderno Derecho Penal”, *Actualidad Penal*, núm. 43, 1993, p. 642. Tal y como este autor denuncia, la realidad nos muestra el hecho de cómo la producción normativa ha estado dirigida no tanto a plasmar en el Derecho penal los principios fundamentales del proceso penal como a garantizar reacciones eficaces y económicamente racionales frente a las amenazas surgidas por la actividad delictiva, sin tomar en consideración las consecuencias que de ello se derivan para el proceso penal.

²⁶ Cfr. Schöne, W., “Líneas generales del proceso penal alemán”, AA.VV., *Acerca del orden jurídico penal*, San José de Costa Rica, 1992, p. 180; Jung, M. H., “Le rôle du ministère public en procédure pénale allemande”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1983, núm. 1, p. 232; Montero Aroca, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, pp. 71 y ss.

²⁷ Sobre esta cuestión vid. Grafe Arias, F., *Reformas institucionales en materia de seguridad y sistemas judiciales en la lucha contra la impunidad en Iberoamérica*, Valencia, 2009.

de razones de economía procesal,²⁸ de lo que se trata sobre todo es de saber si con la introducción en el proceso penal de nuevas alternativas, en especial aquellas fundamentadas en razones de oportunidad, el Derecho procesal penal, en armonía con los valores jurídico-penales,²⁹ está posibilitando que los responsables de los delitos menos relevantes vayan a sufrir una reacción menos estigmatizante. Sólo así, en términos de política criminal,³⁰ podrán ser justificadas estas modificaciones al sistema penal de un Estado de Derecho.³¹

²⁸ Por ello coincidimos con Caeiro cuando afirma que el dogma de la eficiencia se tiene que aplicar también al papel que debe ejercer el Estado en la sociedad de riesgos, es decir, la idea de que ciertas decisiones ordenadas para la consecución de la máxima eficiencia tienen que ponderar el riesgo de la producción de efectos indeseados (Caeiro, P., “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, *Revista do Ministério Público*, núm. 84, 2000, p. 44).

²⁹ Cfr. Hünerfeld, P., “A pequena criminalidade e o processo penal”, *Revista de Direito e Economia*, vol. IV, núm. 1, 1978, p. 38. Lüderssen llama la atención por el hecho de que una mera sustitución de las medidas previstas en las normas penales por normas de *diversión* no es suficiente para evitar la producción de efectos estigmatizantes, por lo cual estas últimas tienen que ser diseñadas de manera tal que reduzcan esos efectos al mínimo posible (Lüderssen, K., “Petty offenses”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, 1976, p. 759; Herrmann, J., “Diversion and mediation - Federal Republic of Germany”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 54, 1983, p. 1047); y de manera similar se pronuncia Faria Costa, J. de, “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXI, 1985, pp. 18 y ss.

³⁰ Recordar como el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal colombiano, con el que se da inicio al título relativo al principio de oportunidad, señala que “la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”. Por ello, al analizar la introducción del principio de oportunidad en Colombia, Sintura afirma que sólo será útil “sí y sólo sí de él se hace un uso racional, ponderado, objetivo, y bajo directrices de política criminal científicas y debidamente trazadas desde la alta dirección de la Fiscalía General de la Nación” (Sintura, F., “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”, en AA.VV., *Sistema penal...*, cit., p. 212).

³¹ Así parece que es como se va a hacer en España, o al menos intentar –debido al escaso margen temporal para que pueda desarrollarse el trámite parlamentario antes de la desconvocatoria de las Cortes Generales por la celebración de elecciones generales–, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal hecho público hace pocas semanas. Rescatamos de su Exposición de Motivos tres apartados en los que se evidencia una clara toma de postura acerca del mantenimiento y promoción del principio de oportunidad en el ordenamiento procesal penal español:

“XXIV. *Mecanismos alternativos a la acción penal. principio de oportunidad.*

En relación directa con la acción penal, la presente reforma opta decididamente por introducir mecanismos alternativos a su ejercicio incondicionado.

En este sentido, un nuevo modelo procesal adaptado a las necesidades de la actual sociedad requiere la introducción limitada del principio de oportunidad. Éste, con márgenes legales claramente definidos y acotados, no ha de ser entendido como mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal, sino como verdadera plasmación práctica de criterios político-criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad.

En concreto, utilizando como referencia principal las disposiciones sobre la materia de la Ordenanza alemana y del Código portugués, se ha optado por incluir dos modalidades de oportunidad, sometién-dolas a restricciones más severas que las que figuran en el Derecho foráneo e introduciendo un régimen de control judicial que se sitúa en la tónica general de equilibrio que preside el nuevo modelo.

Por una parte, se introduce el archivo por oportunidad, que se ha reservado a los supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de prisión. Se sujeta esta opción a límites reglados de ejercicio que impiden que se proyecte sobre materias inadecuadas –como la corrupción pública o privada– o sobre supuestos incompatibles con su finalidad institucional –como las hipótesis de utilización de violencia e intimidación o las de delitos cometidos contra víctimas menores de catorce años–.

En los casos de delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión, la regulación permite, siempre que se cumplan los requisitos y límites fijados para el supuesto ya aludido, un archivo con condi-ción. Éste incluye la exigencia adicional de contar con el consentimiento de la víctima y con el compro-miso expreso del penado de cumplir determinadas reglas de conducta que tienden fundamentalmente a la reparación de los perjuicios causados.

Por otra parte, se consignan expresamente en el texto los elementos reglados de esta potestad que están sujetos a control judicial. Se configura dentro de este marco puramente reglado un espacio de valoración discrecional que corresponde realizar al Ministerio Fiscal como director del procedimiento de investigación. El fiscal responsable de la investigación actuará aquí de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde la Fiscalía General del Estado. Estas instrucciones han de asegurar, según se exige en el texto articulado, que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación y que, por tanto, se preserve la igualdad en la aplicación de la ley penal también en estos supuestos de renuncia estatal a la exigencia de la pena.

En la misma línea, hay que dejar claro que el sujeto investigado no tiene derecho alguno a obtener una solución de oportunidad. No puede invocar a estos efectos la mera concurrencia de los requisitos formales susceptibles de verificación automática. Ha de asegurarse la autonomía de la decisión del Mi-nisterio Fiscal conforme a los expresados criterios político-criminales, aplicados en el marco del principio de unidad de actuación.

Se establece, de otro lado, un supuesto adicional de oportunidad relacionado con la persecución de organizaciones criminales. Se pretende con ello evitar que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en grave peligro el curso de un procedimiento más complejo relacionado con una red de criminalidad organizada.

Precisamente en relación con las actividades de las organizaciones criminales, se establece un su-puesto de oportunidad asociado a la figura del arrepentido. Este supuesto se sujeta nuevamente a claros límites reglados y a condiciones que aseguran que la decisión de oportunidad sólo será efectiva cuando el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y siempre que las víctimas del delito cometido hayan sido debidamente resarcidas.

Finalmente, siguiendo el modelo del Derecho alemán, no se ha eludido la más controvertida manifiestación del principio de oportunidad, basada en el grave peligro que, en casos puntuales, una investigación criminal puede entrañar para la seguridad nacional. En este caso, se reserva el ejercicio de esta potestad al Fiscal General del Estado y el control jurisdiccional de su ejercicio se atribuye a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En definitiva, con la regulación de los distintos supuestos de oportunidad se quiere acabar con una realidad práctica en la que esta institución es sistemáticamente aplicada bajo la cobertura de otras figuras procesales que nada tienen que ver con su finalidad. Se pretende, por tanto, sustituir la actual situación de recurso solapado y encubierto a las soluciones de oportunidad por un régimen jurídico completo, que

explicita los casos en que puede acudir a esta solución alternativa, los requisitos necesarios para ello y los límites legales que en ningún caso pueden franquearse y que están sujetos a control judicial.

XXV. Principio de oportunidad y conformidad.

Se establece, de otro lado, un supuesto adicional de oportunidad relacionado con la persecución de organizaciones criminales. Se pretende con ello evitar que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en grave peligro el curso de un procedimiento más complejo relacionado con una red de criminalidad organizada.

Precisamente en relación con las actividades de las organizaciones criminales, se establece un supuesto de oportunidad asociado a la figura del arrepentido. Este supuesto se sujeta nuevamente a claros límites reglados y a condiciones que aseguran que la decisión de oportunidad sólo será efectiva cuando el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y siempre que las víctimas del delito cometido hayan sido debidamente resarcidas.

Finalmente, siguiendo el modelo del Derecho alemán, no se ha eludido la más controvertida manifestación del principio de oportunidad, basada en el grave peligro que, en casos puntuales, una investigación criminal puede entrañar para la seguridad nacional. En este caso, se reserva el ejercicio de esta potestad al Fiscal General del Estado y el control jurisdiccional de su ejercicio se atribuye a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En definitiva, con la regulación de los distintos supuestos de oportunidad se quiere acabar con una realidad práctica en la que esta institución es sistemáticamente aplicada bajo la cobertura de otras figuras procesales que nada tienen que ver con su finalidad. Se pretende, por tanto, sustituir la actual situación de recurso solapado y encubierto a las soluciones de oportunidad por un régimen jurídico completo, que explicita los casos en que puede acudir a esta solución alternativa, los requisitos necesarios para ello y los límites legales que en ningún caso pueden franquearse y que están sujetos a control judicial.

Por otra parte, este control judicial no corresponde en el nuevo modelo al órgano de enjuiciamiento. Se quiere prevenir con ello que las conformidades se estimulen indebidamente desde el propio órgano enjuiciador con la finalidad de evitar la celebración del plenario. De ahí que se haya arbitrado un procedimiento en el que la solución consensuada es negociada por el fiscal y las defensas y es formalizada después en un documento que el investigado o acusado habrá de ratificar ante un juez que no es el que está llamado a enjuiciar el asunto.

XXVI. Principio de oportunidad y mediación.

En el mismo marco del principio de oportunidad ha de ser comprendida la institución de la mediación. Ésta no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima.

Aparece, así, la mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad. Será el fiscal el que –al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus características específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida– pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas. Podrá, de esta forma, como director de la investigación, impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo.

En algunos casos, el resultado de la mediación podrá ser la falta de composición y la continuación

II. Principio de legalidad *versus* principio de oportunidad

Consideramos que la mejor manera de entender qué es el principio de oportunidad, cómo se proyecta en el moderno proceso penal y cuáles son sus principales manifestaciones, es analizar, en primer término, el principio al que se contrapone: el principio de legalidad procesal.

1. Principio de legalidad

1.1. Aproximación dogmática

Inicialmente hay que destacar que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema del *civil law*, y en especial aquellos que se vinculan al ámbito cultural europeo-continental, históricamente siempre ha prevalecido la vigencia sin fisuras del principio de legalidad procesal.³²

En términos dogmáticos,³³ el principio de legalidad expresa –al menos– estas dos implicaciones básicas:³⁴

del procedimiento penal en curso con todas sus consecuencias. En otros, esta institución podrá conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada”.

Con relación a las bases en las que se desarrolla –o se debería haber desarrollado– el nuevo texto procesal penal español vid. Gimeno Sendra, V., “Hacia un nuevo modelo de proceso penal”, en AA.VV., *Nuevos retos...*, cit., pp. 47 y ss.; Montero Aroca, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Cizur Menor, 2008; Pérez-Cruz Martín, A. J., “Un reto inaplazable para la justicia penal en el siglo XXI: La aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en AA.VV., “La justicia procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2009, pp. 141 y ss.; Castillejo Manzanares, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid, 2010.

³²Y ello es debido, entre otras cuestiones que señalamos más adelante, a que como indica Ferrajoli la obligatoriedad de la acción penal constituye un corolario de otros rasgos estructurales y esenciales del sistema garantista: la sujeción sólo a la ley de toda función judicial, que excluye la posibilidad de su activación conforme a criterios potestativos; la indisponibilidad de las situaciones penales; y el principio de igualdad penal, que excluye toda disparidad de tratamiento de los delitos ligada a opciones potestativas sobre la oportunidad del proceso (Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1989, pp. 570 y ss.).

³³Vid. Accattatis, V., “Il patteggiamento alla luce del diritto comparato e della normativa costituzionale”, *Questione Giustizia*, 1992, núms. 3-4, p. 606; Figueiredo Dias, J. de, *Direito processual penal*, Coimbra, 1988, p. 94; Gimeno Sendra, V., *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Madrid, 2007, pp. 221 y ss.

³⁴El legislador colombiano, en el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, se ha manifestado de manera terminante: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento”. Esta vigencia de la legalidad sólo se podrá ver excepcionada por la aplicación del principio de oportunidad en los términos y condiciones señalados de manera expresa en el mismo Código.

- a) Exclusión de cualquier margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, lo que determina que la Fiscalía esté obligada a plantear la acusación incluso en el caso de que la *notitia criminis* tenga un escaso o nulo fundamento, esto es, negándole la posibilidad de que por propia iniciativa pueda archivar la denuncia que se haya formulado.
- b) Negación de cualquier facultad dispositiva a la Fiscalía en cuanto al sostenimiento de la acción penal formulada con anterioridad, por lo cual debe continuar con su ejercicio hasta la terminación de la fase oral y el dictado de la sentencia.

En definitiva, el principio de legalidad significa la imposibilidad de que quien tiene la obligación de ejercitar la acción penal se abstenga de hacerlo, así como la imposibilidad de que la acusación pública pueda renunciar a la acusación ya propuesta.

1.2. Antecedentes y fundamentación

La relevancia del principio de legalidad procesal fue enfatizada a partir de la época del iluminismo, como forma de hacer frente al arbitrio judicial, convirtiéndose en un instrumento de garantía para los ciudadanos.³⁵

En el modelo de Estado de Derecho el principio de legalidad procesal tiene reconocido un gran valor y prestigio, siendo indispensable para el funcionamiento de una administración de justicia que pretenda actuar con proporcionalidad, con independencia frente a la posición del procesado y, en última instancia, que quiera ser justa; es visto, en suma, como una actualización, en sede jurisdiccional, del principio general de interdicción de la arbitrarie-

³⁵ Cfr. Peters, K., "Evoluzione del processo penale", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, vol. XIII, 1974, pp. 537-538; Hassemer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", *Doctrina Penal*, núms. 53-54, 1991, p. 91. Refiriéndose a Alemania, Ranft destaca cómo cuando se consagró el principio de legalidad procesal en la Ordenanza Procesal Penal la razón que lo justificó fue el tratar de asegurar que el Ministerio Público, integrado en el poder ejecutivo y subordinado al monarca, estuviese obligado a perseguir cada hecho delictivo sin tomar en consideración a las personas que tuvieran alguna responsabilidad en ello, lo que claramente evidenciaba una desconfianza hacia el monarca y las posibles directrices que en casos concretos pudiera dirigir a los integrantes de la Fiscalía. En términos de política criminal, esto es consecuencia de la filosofía retribucionista en ese momento vigente conforme la cual el Estado está obligado a garantizar una justicia absoluta, por lo que tiene que castigar, sin excepción, cualquier infracción de la ley penal (Ranft, O., *Strafprozessrecht*, Berlín, 1995, p. 68).

dad reconocido constitucionalmente.³⁶ Siendo así, al obligar al Ministerio Público a formular la acción penal y a mantenerse en su ejercicio a lo largo de todo el proceso penal, el principio de legalidad procesal sirve para evitar que se puedan dar actuaciones discriminatorias, como sucedería si la acusación oficial pudiera utilizar medidas de valoración diversas para situaciones objetivamente semejantes.³⁷

La defensa del principio de legalidad supone a todas luces un claro reconocimiento por parte del Estado a las libertades individuales, con base en los dogmas del modelo de Estado Democrático, del modelo de Estado de Derecho, del principio de determinación y del principio de igualdad, debiendo ser el legislador quien cree las condiciones previas para la actuación del Derecho penal, no dejando que esa decisión en los casos concretos pueda ser tomada por los órganos de persecución de los delitos, esto es, por la policía³⁸ y los fiscales. No obstante, no sin intención, la decisión de adoptar el principio de legalidad provoca de igual forma una concentración de la actividad punitiva en manos del Estado,³⁹ lo que ha llevado a Schöne a enfatizar el carácter imprescindi-

³⁶ Pott, C., “La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§ 258.a StGB) y el sobreseimiento (§ 153 sigs. StPO)”, AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada 2000, pp. 79-80.

³⁷ Dalia, A. A. y Ferraioli, M., *Corso di Diritto Processuale Penale*, Padova, 1992, p. 302; Ferrajoli, L., “Patteggiamenti e crisi della giurisdizione”, *Questione Giustizia*, 1989, núm. 2, p. 379; Bargi, A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Nápoles, 1990, p. 52. En alusión a Alemania, Muhm indica cómo los fiscales han archivado frecuentemente, en aplicación del principio de oportunidad, ciertos casos en los que se hallaban implicados personajes del mundo político y de las altas finanzas (Muhm, R., “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana, lo que ha generado estupor e indignación en la ciudadanía (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 22, 1994, pp. 93 y ss.). Y con relación a Italia y al caso *Tangentopoli*, vid. Zanchetta, P. L., “*Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales”, AA.VV., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996, pp. 97 y ss., quien se muestra contrario a que en la resolución de asuntos de corrupción se amplíen las hipótesis de las negociaciones procesales.

³⁸ Vid. AA.VV., *La policía en los Estados de Derecho latinoamericanos*, Bogotá, 2003.

³⁹ Es lo que Schünemann denomina la creación de un Estado de Derecho *fuerte*, que sea más eficiente, que haga frente a las grandes amenazas de nuestra sociedad –como el terrorismo, el narcotráfico, la contaminación ambiental, la criminalidad económica...–, cuya actuación venga controlada y frenada por un proceso penal acorde con las exigencias del Estado de Derecho (Hassmer, W., *Crítica al Derecho penal de hoy*, Bogotá, 1998, pp. 73 y ss.). Una versión *extrema* del Estado *fuerte* la hemos podido ver, principalmente en Estados Unidos, con el batallón de medidas legislativas aprobadas como reacción a los atentados del 11 de septiembre de 2001. Sobre esta cuestión vid. Muñoz Conde, F., *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005, pp. 35 y ss.; Id., “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del

ble del vector de garantía para el proceso penal: como cada concentración de poder requiere limitaciones y controles, el contrapeso necesario se encuentra en las garantías personales y en la formalidad jurídico-procesal, que están presentes en cada actuación procesal con el fin de proteger al inocente y tratar dignamente al acusado.⁴⁰ En definitiva, el principio de legalidad procesal se nos presenta como la expresión mayor del conjunto de garantías inherentes al sistema penal, lo que permite considerarlo como el emblema del garantismo en el proceso penal.⁴¹

Por otro lado, además de la función garantista del principio de legalidad para la libertad individual de la persona,⁴² es innegable que su vigencia genera una situación de confianza en la función punitiva estatal conforme a la cual el Estado tiene plena condición de prever —a través del establecimiento de un catálogo de delitos y de sus respectivas sanciones— y resolver —mediante la persecución del ilícito penal cometido— todos los conflictos de naturaleza penal. Por tanto, se verifica una actitud de transferencia de responsabilidades conforme a la cual la sociedad no ve el fenómeno criminal como un asunto que le competa, transfiriendo al Estado —en exclusiva— esa responsabilidad, el cual en esta materia tiene que ser capaz de resolver todos los conflictos que

enemigo”, AA.VV., “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas”, *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2007, pp. 28 y ss.; Portilla Contreras, G., “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del enemigo tras el atentado del 11 de septiembre de 2011”, *Revista Mientras Tanto*, núm. 83, 2002, p. 79; Ambos, K., *El Derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid, 2007; y relacionado con la *USA Patriot Act* de 2001 vid. Sinnar, S., “Patriotic or unconstitutional? The mandatory detention of aliens under the USA Patriot Act”, *Stanford Law Review*, vol. 55, núm. 4, 2003, pp. 1419 y ss.; Barona Vilar, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, pp. 75 y ss.; Salas Calero, L., “La Ley Patriótica USA”, en AA.VV., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 255 y ss.; Ambos, K., *La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001*, Bogotá, 2007; Schünemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la Administración de Justicia penal y de su insoportable desatención teórica”, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídica penal*, Bogotá, 2007, pp. 61 y ss.; Vervaele, J. A. E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?*, Buenos Aires, 2007; Quintero Olivares, G., “Las decisiones extremas ante el Derecho penal”, AA.VV., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 947 y ss.

⁴⁰ Schöne, W., “Líneas generales...”, cit., p. 163.

⁴¹ En este sentido vid. por todos Ferrajoli, L., *Derecho y...*, cit., pp. 537 y ss.; Id., “Garantías y Derecho penal”, AA.VV., *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, 2006, pp. 3 y ss.; y con relación a Colombia vid. Sotomayor Acosta, J. O., “¿El Derecho penal garantista en retirada?”, AA.VV., *El estado actual...*, cit., pp. 273 y ss.

⁴² Luisi, L., *Os principios...*, cit., p. 18.

se le planteen.⁴³ En este sentido, Teubner destaca cómo el contexto histórico propio del fenómeno de la juridificación —expresado, entre otras formas, por la *inundación de leyes*— se evidencia todavía más cuando es visto de manera conexas con la emergencia del actual Estado (de bienestar) social, o *Estado-providencia*.⁴⁴

La crítica que se puede formular a este planteamiento consiste en que en esta forma de actuar la juridificación de los conflictos no los resuelve, simplemente los aliena; es decir, así sólo se mutilan los conflictos sociales, reduciéndolos simplemente a un mero asunto judicial, con lo cual queda excluida cualquier posibilidad de una resolución socialmente adecuada y orientada hacia el futuro.⁴⁵ En última instancia, lo que se produce es una erosión en los objetivos de política criminal.

Por todo lo expuesto, y según hemos tenido ocasión de afirmar, el predominio del principio de legalidad penal ha generado en los países una concentración de poder punitivo en las manos del Estado, lo que ha determinado la incapacidad del aparato estatal para dominar —o controlar— el fenómeno de la criminalidad,⁴⁶ al menos dentro de niveles tolerables para la comunidad, y ello como consecuencia de dos hechos muy relevantes: en sede penal, por la inflación legislativa, y en sede procesal por la congestión de la maquinaria judicial, no sólo por la gran cantidad de asuntos a los que tienen que hacer frente, sino también por la situación estructural del proceso penal que deriva en altas tasas de asuntos no resueltos.⁴⁷ En pocas palabras, además de no ser

⁴³ Faria Costa, J. de, “Diversão...”, cit., p. 15.

⁴⁴ Teubner, G., “Juridificação - noções, características, limites, soluções”, *Revista de Direito e Economia*, vol. XIV, 1988, p. 32. Desde esta misma perspectiva, destacando los costos generados por el *Welfare State*, vid. Gomes Canotilho, J. J., “Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, núm. especial, 1984, p. 835.

⁴⁵ Cfr. Teubner, G., “Juridificação...”, cit., p. 26.

⁴⁶ Figueiredo Dias, J. de, “O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, núm. especial, 1984, pp. 801-802.

⁴⁷ Con relación a Colombia vid. Hartmann Arboleda, M., Ortiz Jaramillo, C. A. y Cortés Daza, C., “La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social. Estudio exploratorio”, en AA.VV., *Persecución de delitos complejos...*, cit., 2010, pp. 229 y ss.; Fiscalía General de la Nación, *Informe de gestión (2009-2010)*, Bogotá, 2011.

eficiente, el sistema jurídico-penal ha revelado una clara e insostenible disfuncionalidad político-criminal.

En definitiva, la vigencia absoluta del principio de legalidad procesal puede provocar una deficiencia en el funcionamiento de la justicia penal,⁴⁸ en virtud de su incapacidad⁴⁹ para analizar y resolver todos los conflictos que tienen naturaleza penal y de resolverlos de forma satisfactoria en cuanto a los efectos esperados de naturaleza político-criminal. Ante este panorama descrito, pareciera que no es errada la estrategia de buscar alternativas más flexibles y dinámicas para viabilizar el funcionamiento global del sistema jurídico-penal,⁵⁰ partiendo de la premisa de que la idea de persecución penal sin excepción de todo hecho punible –consecuencia del principio de legalidad– sólo puede tener validez con relación a la criminalidad grave,⁵¹ dando entrada en los otros ámbitos delictivos –de pequeña y mediana criminalidad– a diversas manifestaciones del principio de oportunidad; es en este campo donde se produce la aplicación de concepciones valorativas de política-criminal y de criterios de conveniencia, que de esta manera son presentados como excepciones –o atenuaciones– al principio de legalidad. Estamos, entonces, ante una modalidad de *justicia penal consensuada*.⁵²

⁴⁸ Ello coloca al Estado de Derecho en la tesitura, como ha señalado Beck, de tener que limitar principios democráticos básicos para no sucumbir ante los peligros producidos sistemáticamente que amenazan su propia configuración (Beck, U., *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, p. 106).

⁴⁹ De esta manera, se produce la paradoja expuesta con toda claridad por Pott: lo que el Estado promete en una parte del ordenamiento jurídico simplemente no lo cumple en otro. De esta manera, el principio de oportunidad sería capaz de explicar la incesante expansión del Derecho penal a toda forma imaginable de conducta socialmente enojosa, pues gracias a él, el Estado no tiene ya por qué cumplir con la penalización que ha prometido en la parte material del sistema punitivo (Pott, C., “La pérdida...”, cit., p. 100). En definitiva, que como afirma Montero Aroca el mantenimiento del principio de oportunidad de alguna forma significa que hay que reconocer una suerte de incapacidad del legislador penal para llegar a perfeccionar el Derecho penal, de modo que éste pudiera prever todo el complejo de circunstancias que pueden influir en la tipificación de las conductas y en la determinación de las penas (Montero Aroca, J., *Principios...*, cit., p. 79).

⁵⁰ Vid. Bernardi, A., “Sui rapporti tra Diritto penale e *soft law*”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, núm. 2, pp. 536 y ss.

⁵¹ Cfr. Maurach, R., Zipf, H., *Derecho penal. Parte general 1*, Buenos Aires, 1994, p. 112, nota 18.

⁵² Sobre la misma, vid. Rodríguez García, N., *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997.

2. Principio de oportunidad

En términos generales, se puede afirmar que las manifestaciones del principio de oportunidad aparecen ubicadas en un amplio marco jurídico representado por las diversas formas de solución consensuada del conflicto en el proceso penal,⁵³ y que sirve para ponderar adecuadamente cada caso concreto de manera individualizada.⁵⁴

Según Hünerfeld, la necesidad y la posibilidad de dotar de márgenes de flexibilidad a la función de persecución penal estatal no puede ser reducida a un debate simple en términos de optar por un sí o un no incondicional. Esta flexibilidad es el resultado de un programa más amplio, denominado *diversion*,⁵⁵ cuya esencia se encuentra en la búsqueda de alternativas para la solución de los conflictos de naturaleza penal distintas al modelo tradicional. Un claro ejemplo de ello lo tenemos en Colombia y las diversas instituciones que son manifestación del principio de oportunidad y que permiten a la Fiscalía suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, concediendo en algunos casos importantes cotas a la actuación consensuada de las partes.⁵⁶

⁵³ Vid. Rodríguez García, N. y Contreras Alfaro, L. H., “Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del Derecho Procesal Penal del siglo XXI”, *Justicia*, 2006, núms. 3-4, pp. 53 y ss.

⁵⁴ Hassemer, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 4, 1988, p. 10.

⁵⁵ Hünerfeld, P., “A pequena criminalidade...”, cit., p. 34. Vid., además, Bacigalupo Zapater, E., “Descriminalización y prevención”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1986, p. 14.

⁵⁶ El artículo 10 del Código de Procedimiento Penal colombiano marca la pauta en esta materia, al reconocer sin ambages que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta [...] la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia [...] El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos”. A partir de ello, del articulado del Código podemos destacar: a) los artículos 321 y siguientes, referidos al principio de oportunidad en sentido estricto; b) los artículos 325 y siguientes, relativos a la suspensión del procedimiento a prueba; c) los artículos 348 y siguientes, en los que se regulan los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado; d) los artículos 518 y siguientes, que versan sobre la justicia restaurativa y en los cuales se da cobertura jurídica a la conciliación preprocesal y a la mediación. Para un estudio en profundidad del principio de oportunidad en Colombia vid. Perdomo Torres, J. F., *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el Derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, 2005; Forero Ramírez, J. C., *Aproximación...*, cit.; Garzón Marín, A. y Londoño Ayala, C. A., *Principio de oportunidad*, Bogotá, 2006; Martínez Lozada, L. E., *Principio de oportunidad. Comentarios y jurisprudencia*, Bogotá, 2006; Gómez Pavajeau, C. A., *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá, 2007; Daza González, A., *Las causales de aplicación del principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004*, Bogotá, 2004; Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz,

2.1. El consenso en el proceso penal

Para el tratamiento de esta cuestión hay que partir del hecho de que el modelo de justicia penal consensuada es extremadamente complejo, pudiéndose afirmar que ello implica una nueva lectura de las bases que fundamentan el proceso penal. Así, exceptuada la dimensión más radical de la *diversion*,⁵⁷ de todas las formas de diversificación de los procedimientos penales destacan aquellas cuya realización tiene como presupuesto el que las partes hayan alcanzado un acuerdo, con lo cual en el ámbito de la justicia criminal se da entrada a un modelo consensual de solución de conflictos de naturaleza penal.⁵⁸ Pero debe quedar entendido que esta forma de proceder no provoca una alteración total del modelo de justicia penal: más que estar ante una versión del modelo que se funda en el conflicto, y ante otra versión que se apoya en el consenso, estamos, en verdad, ante un único modelo que ampara y justifica ambas formas de resolver los conflictos, debiendo ser ambas tenidas y aplicadas como complementarias y coordinadas entre sí.

El optar por una ampliación mayor del margen dado al consenso en el proceso penal es debido a la constatación de que en la actualidad no se puede comprender ni aceptar una decisión que surja como manifestación infalible de las facultades del órgano judicial, al margen de toda intervención conformadora y legitimadora de los demás sujetos procesales.⁵⁹

C. A., Vanegas Peña, C. P., *Principio de oportunidad. Bases conceptuales para su aplicación*, Bogotá, 2010; Mestre Ordóñez, J. F., *La discrecionalidad...*, cit.; Vásquez Rivera, J. C., Mojica Araque, C. A., *Principio de oportunidad. Reflexiones jurídico políticas*, Medellín, 2010; Villanueva Meza, J. A., *El principio de oportunidad. Justicia restaurativa, transicional y transaccional –mediación penal y conciliación civil– en el sistema acusatorio*, 2.ª ed., Bogotá, 2011.

⁵⁷Un concepto sintético de *diversion* es expuesto por Jakobs, quien la considera como toda desviación antes de llegar a la solución jurídico-penal del conflicto, comprendiendo por tanto desde la inactividad de la policía en lo casos de bagatelas (*diversion to nothing*) hasta los programas de educación intensiva; para él, como dimensión más radical de los diversos mecanismos alternativos al proceso penal tradicional en la *diversion* el conflicto jurídico-penal es resuelto fuera del sistema formal de aplicación de la justicia, distanciando así al infractor de ese sistema y de la inherente *inducción a la delincuencia*, o al menos a parte de ella (Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 17).

⁵⁸Tomar en cuenta que más allá del principio de oportunidad y todas sus manifestaciones en el ámbito penal tiene cada vez más cabida la mediación. Sobre la misma vid. AA.VV., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009; Martín Diz, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010, pp. 301 y ss.; Barona Vilar, S., *La mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011; García Arán, M., “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, AA.VV., *Un Derecho penal comprometido...*, cit., pp. 449 y ss.

⁵⁹Costa Andrade, M. da, “Consenso e oportunidade”, AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal:*

Estando demostrado el esfuerzo con el objetivo de dotar al proceso penal de una mayor funcionalidad, el recurrir al consenso es una opción muy tentadora que promete una facilitación de la resolución de los problemas verificados en el proceso penal en un doble sentido: aumenta la capacidad de trabajo del sistema penal y disminuye sus problemas de legitimación. El problema del aumento de la criminalidad puede ser enfrentado, entonces, recurriendo a transacciones y negociaciones entre las partes del proceso penal, uso de procedimientos abreviados y juicios rápidos inspirados en la técnica del consenso, todos ellos orientados en última instancia a imprimir una mayor aceleración del proceso, para así descongestionar el aparato judicial. Pero todo esto en sus justos términos: la desformalización de la administración de justicia penal, como forma de adecuar el proceso penal a los fines preventivos predominantemente esperados, no puede transformar a éste hasta el extremo de que los distintos participantes en el mismo sean colocados todos en el mismo plano.⁶⁰ Se hace necesario, por tanto, el establecimiento de límites a este modelo consensuado de proceso penal con vistas a que el mismo sea compatible con los principios y garantías que están en la bases del sistema jurídico-penal.

2.2. Manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal

Afirmando que el término discrecionalidad tiene tres significados, Cordero destaca que en su expresión extrema la discrecionalidad se traduce en la posibilidad atribuida a la Fiscalía de abstenerse de formular la acusación, o de una vez que ha sido ejercitada disponer de ella con base en criterios *metalegales*, pudiéndose dar el caso de que se conceda impunidad al acusado, situación extrema que conduce al alineamiento de todo el sistema penal.⁶¹

De manera más atenuada se presenta la denominada discrecionalidad *limitada* o *reglada*, que se diferencia de la anterior por el hecho de que una norma, con carácter previo, va a hacer indicación expresa de los presupuestos, requisitos y criterios que tienen que ser observados en su aplicación al caso

O novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1989, p. 326.

⁶⁰ Maiwald, M., "Il processo penale vigente in Germania", *Quaderni di Procedura Penale e Diritto Processuale Comparato*, vol. 1, núm. 1, 1992, p. 34.

⁶¹ Cfr. Cordero, F., *Procedura...*, cit., p. 402.

concreto.⁶² Entonces, si lo referimos al ejercicio de la acción penal, esta discrecionalidad limitada se traduce en una legalidad mitigada o en una oportunidad reglada, la cual va a condicionar y limitar la actuación de la Fiscalía en cada uno de los procedimientos.⁶³

No obstante, hay que destacar también que la obligación impuesta a la Fiscalía de tener que promover la acción penal en todos los casos en los que se verifique la comisión de hechos presuntamente delictivos no limita sus facultades de optar por alguna de las vías alternativas que conduzcan a una terminación anticipada del procedimiento, siempre en estricta sujeción a los condicionantes legales.⁶⁴ En este sentido, existe consenso en entender que la operatividad de los procedimientos alternativos al ordinario no supone una derogación del principio de legalidad, entendido tanto como obligatoriedad y como indisponibilidad de la acción penal; muy al contrario, la adopción de los mecanismos de consenso en los ordenamientos procesales penales modernos ha provocado una nueva lectura del principio de legalidad, distinta de la estricta visión que se tenía sobre él en la cultura liberal del iluminismo.⁶⁵

⁶² Cfr. Bargi, A., *Procedimento probatorio...*, cit., p. 58.

⁶³ Vid. Naucke, W., “La progresiva pérdida del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, AA.VV., *La insostenible...*, cit., pp. 546 y ss., quien de forma crítica considera que el concepto de oportunidad legal apunta más bien hacia su no validez: cuando se trata de lo conveniente, en términos políticos, los instrumentos del principio de oportunidad (principio de bagatela, reparación y compromiso entre autor y víctima...) pueden pasarse por alto, como al contrario, manipularse en su aplicación. Desde otra perspectiva, de la Oliva Santos también critica la división de la oportunidad entre libre o reglada, afirmando que lo oportuno ni puede ser reglado ni lo está, ni tampoco lo puede estar cómo se emplean los criterios de oportunidad; de forma gráfica, plantea de forma interrogante la cuestión: ¿qué es lo que quedaría de la oportunidad si la ley regulara sus supuestos de aplicación de forma imperativa, sin dejar al Ministerio Público un ámbito de decisión discrecional de aplicación necesariamente casuística, que todo juicio de oportunidad comporta? (de la Oliva Santos, A., *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*, Barcelona, 1988, p. 77; Id., “Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, núms. 577-578, 1992, p. 9885).

⁶⁴ Cfr. Gaito, A., “Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale”, *Questioni nuove di procedura penale*, Padova, 1989, p. 12; Dalia, A. A., Ferraioli, M., *Corso di...*, cit., p. 429.

⁶⁵ Con relación al principio de obligatoriedad de la acción penal, Chiavario entiende que son muchos los autores abogan por una interpretación del principio de legalidad menos rígida de la tradicional, que salvaguarde su función de garantía frente a las presiones y los albedríos subjetivos, pero que a la vez no ahogue de modo apriorístico la posibilidad de potenciar las iniciativas dirigidas a hacer disminuir las cargas de la administración de justicia que se saben abocadas al fracaso desde el principio (Chiavario, M., “Qualche sollecitazione per un confronto”, AA.VV., *Il nuovo Codice di Procedura Penale visto dall'estero*, Milano, 1991, p. 17). Pese a que se reconozca que la adopción de los procedimientos alternativos en Italia

De hecho, puesta en evidencia por la doctrina la importancia del mantenimiento del principio de legalidad, las medidas procesales que determinan su atenuación son consideradas como excepciones a la regla o simples limitaciones de aquel principio.⁶⁶ Por tanto, una forma de reconducir a una única denominación estas hipótesis consiste justamente en el reconocimiento de que ellas significan –en mayor o en menor medida– una atenuación del principio de legalidad, con posibilidad de una mayor incidencia del principio de oportunidad. En definitiva, una forma amplia para expresar todos estos fenómenos alternativos al proceso penal tradicional es la de *atenuaciones al principio de la legalidad*, en las cuales al Ministerio Público se le conceden márgenes de discrecionalidad en el ejercicio y mantenimiento de la acción penal.⁶⁷

Entre las hipótesis en que se admite el consenso entre las partes del proceso penal hay que destacar el planteamiento que se efectúa con base en el principio de oportunidad reglada, en las que ese consenso es sometido a determinadas reglas previstas explícitamente en el ordenamiento jurídico, el cual diferencia esta modalidad de los casos de celebración de acuerdos informales entre las partes, estos últimos más próximos a la figura del *plea bargaining*

provocó una erosión del artículo 112 de la Constitución, en el que se consagra el principio de legalidad procesal, Pisapia considera que este principio continúa rigiendo de forma plena, aunque ahora entendido de una forma más razonable de lo que venía siendo en el pasado (Pisapia, G. D., “Allocuzione...”, AA.VV., *Il nuovo Codice di...*, cit., p. 115). Vid. Amodio, E., “Un ‘accusatorio all’europa’ per la riforma della procedura penale continentale”, en AA.VV., *Il nuovo Codice di...*, cit., p. 230, quien plantea una redefinición del principio de legalidad.

⁶⁶ Cfr. Löwe y Rosenberg, W., *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, 24.ª ed., Berlín, 1987-1989, § 152, núm. 9. En este sentido aparece formulado el segundo párrafo del artículo 323 del Código de Procedimiento Penal colombiano: “El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”.

⁶⁷ Sessar, K., “Prosecutorial discretion in Germany”, AA.VV., *The prosecutor*, Beverly Hills, 1979, p. 264. Desde una postura totalmente crítica, Pott considera que “aun cuando formalmente se mantiene el principio de legalidad, hace tiempo que el Derecho Procesal penal ha dado entrada a un nuevo principio que ya no puede ser considerado como una simple excepción, sino que constituye un verdadero principio autónomo al lado o incluso por encima del principio de legalidad. Resulta, por tanto, que el abolicionismo, al que creíamos muerto y enterrado, ha resucitado de su tumba –revestido, claro está, de ropaje moderno–[...] Sobre este efecto de abolición se expresó atinadamente Birkmayer ya en el año 1910: ‘si ésta [la posibilidad de disponer de la acción punitiva] es recogida en la ley, la ley acabará por convertirse en verdugo de sí misma’” (Pott, C., “La pérdida...”, cit., p. 98).

estadounidense.⁶⁸ Por tanto, coincidimos en que esta opción sólo es legítima en la medida en que sea definida en la ley, sea controlada por una órgano jurisdiccional independiente, tome en consideración los derechos e intereses de la víctima, y, por supuesto, sea sometida al consentimiento del imputado.⁶⁹

2.3. Justificación político-criminal de las manifestaciones del principio de oportunidad reglada

La previsión de alternativas procesales que se traducen en manifestaciones de oportunidad reglada es una consecuencia de la interferencia de razones superiores de política criminal en el proceso penal, teniendo en cuenta la relación que existe entre el valor del bien jurídico tutelado y la finalidad de la sanción penal,⁷⁰ particularmente el fin de estabilización de las expectativas de vigencia de la norma, con el objetivo de motivar al agente a actuar conforme su dictado y a la posibilidad de la pacificación de la convivencia social.

En términos metodológicos, estas manifestaciones del principio de oportunidad consisten en una aplicación práctica de la propuesta de someter también el proceso penal a una *racionalidad teleológica funcional* —o *pensamiento valorativo de orientación teleológica*⁷¹—, desde la constatación de que, mantenida su autonomía científica y epistemológica, en términos de finali-

⁶⁸ Con relación al mismo vid. Cabezudo Rodríguez, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los EE.UU. de Norteamérica*, Granada, 1996; Rodríguez García, N., *La Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997, pp. 27 y ss.; Diego Díez, L. A. de, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos de derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Valencia, 1999; Soares de Albergaria, P., *Plea Bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Coimbra, 2007.

⁶⁹ Cfr. Almeida Costa, A. M. de, “Alguns princípios para um direito e processo penais europeus”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 4, núm. 2, 1994, p. 213.

⁷⁰ Nos parece correcto a este respecto el planteamiento de Roxin, quien, al referirse al bien jurídico, afirma que se trata sólo de una denominación de aquello que es correcto considerar como digno de protección en la perspectiva de *los fines del Derecho penal*, y así, una vez definidos los fines de la pena hay que derivar de ello aquello que se considera bien jurídico. Cfr. Roxin, C., “Franz von Liszt e a concepção político-criminal do projecto alternativo”, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 2.^a ed., Lisboa, 1993, p. 61.

⁷¹ Vid. Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2.^a ed., Buenos Aires, 2000. Partiendo de esta concepción originaria y original de Roxin, Luzón Peña entiende que, por una parte, los principios político-criminales están ya contenidos en las normas a partir de concretas decisiones legislativas, y por otra que el espacio —más o menos amplio— abierto por el tenor literal de la ley, e incluso por los ámbitos que no están —al menos expresamente— regulados por la misma ley, permiten realizar una interpretación acorde con distintos principios político-criminales a la hora de tomar una decisión en el caso concreto. Cfr. Luzón Peña, D. M., “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, AA.VV., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 119-120.

dad no es posible concebir una contradicción entre la infraestructura procesal penal y el respectivo modelo de Derecho penal, ambos sometidos a la misma orientación político-criminal que está en la base de un determinado sistema jurídico-penal.

Por tanto, es en este ambiente *valorativo de orientación teleológica* donde inciden las manifestaciones de la oportunidad reglada en el proceso penal, siendo que también en relación con ellas la propuesta es de someterlas a los fines de naturaleza político-criminal inherentes al sistema jurídico-penal en su conjunto. De manera simple, la idea consiste en la necesidad de conjugar un juicio de naturaleza axiológica y otro de naturaleza teleológica. Esta propuesta se muestra viable por referencia a los criterios político-criminales de *merecimiento de pena* y de *necesidad de pena*,⁷² los cuales, aunque sometidos a algunos cuestionamientos,⁷³ se puede decir que han sido incorporados al patrimonio cultural de la ciencia jurídico-penal.

⁷² Con relación a ellos vid. Costa Andrade, M. da, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 2, núm. 2, 1992, pp. 173 y ss.; Romano, M., “Merecimiento de pena’, ‘necesidad de pena’ y teoría del delito”, AA.VV., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, Barcelona, 1995, p. 151. Hay que aclarar que los mencionados criterios son aquí considerados de forma amplia, de manera tal que el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho (Luzón Peña, D. M., “La relación...”, cit., p. 119); a nuestro entender, en este último caso debiendo proyectarse también en el campo del proceso penal.

⁷³ Uno de ellos es hecho por Roxin, quien argumenta en el sentido de que se puede debatir si es o no necesaria la distinción entre merecimiento y necesidad de pena, aunque a la postre no la ignore en la construcción de algunos aspectos de su pensamiento, en especial en lo que se refiere a la punibilidad (Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997, p. 983). De manera más categórica, Jakobs expone el argumento de que en esta distinción entre merecimiento y necesidad de pena se pasa por alto que la determinación de todos los presupuestos de la punibilidad sólo puede verificarse en consideración a la necesidad de solucionar mediante pena un conflicto, es decir, en consideración a la necesidad de pena. Antes de la función del tipo penal de contribuir a resolver un conflicto no existe tarea dogmática alguna y, por tanto, tampoco ninguna posibilidad de determinar lo que hay que castigar *en sí* sin consideración a dicha función. Lo que no tiene que castigarse tampoco es merecedor de pena (Jakobs, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 407 y ss.).

A. El merecimiento de pena⁷⁴ y las manifestaciones del principio de oportunidad reglada

Siguiendo el planteamiento de Luzón Peña,⁷⁵ se puede entender que el merecimiento de pena consiste en un juicio global de (des)valor ético-social y jurídico que tiene por objeto un injusto culpable especialmente grave (Bloy), que implica un menoscabo importante de un bien jurídico merecedor de protección (Schünemann), generando una desaprobación especialmente intensa.

De forma más analítica, se puede afirmar que el merecimiento de pena es el resultado de un juicio de desaprobación ético-social, en virtud del daño social generado por la conducta del autor, en la medida en que perjudica o pone en peligro las relaciones sociales, debiendo este daño ser medido según el análisis acerca de los tres siguientes factores: la importancia social del bien jurídico, la gravedad de la lesión que la conducta ha provocado y la reprobabilidad de la actitud interna.⁷⁶

A todo lo señalado hay que añadir nuestro parecer de que en el plano legislativo estos factores deben ser analizados de forma conjunta, de modo que la fragilidad o ausencia de alguno de ellos afecta a todo el conjunto, comprometiendo totalmente –o atenuando– el juicio sobre el merecimiento de pena. Todavía, esto no nos puede conducir al entendimiento de que el juicio

⁷⁴ Hay que aclarar aquí que no hay una coincidencia total en cuanto a la terminología utilizada para describir este criterio, de forma tal que junto a la expresión *merecimiento de pena* se hace uso también de la expresión *dignidad penal*, lo que ocurre principalmente en la doctrina portuguesa. Por ello, en el texto subsiguiente, todas las referencias a la *dignidad penal* pueden ser comprendidas como equivalentes a *merecimiento de pena*.

⁷⁵ Luzón Peña, D. M., “La relación...”, cit., pp. 116 y ss. Este mismo autor pone de relieve también, entre otras, la posición de Günther, quien a diferencia de los demás posicionamientos toma como punto de partida la idea de *necesidad de pena* (“exigencia de pena”: “Strafbedürfnis”) a la que formula restricciones mediante la aplicación de la idea de *merecimiento de pena*, entendida esta última en el sentido de proporcionalidad entre la conducta y la gravedad que expresa la pena. La síntesis apuntada en el texto se ajusta también al pensamiento de Roxin en esta materia, según el cual, el injusto típico y la culpabilidad en el sentido tradicional dan lugar ya al merecimiento de pena, quedando reducidas las diferenciaciones en cuanto a la *necesidad de pena*. También para Costa Andrade el *merecimiento de pena –dignidad penal–* consiste en un “juicio cualificado de intolerabilidad social, basado en la valoración ético-social de una conducta, en la perspectiva de su criminalización y punibilidad”, asegurando que sólo los bienes jurídicos de eminente *dignidad de tutela* deben gozar de protección penal (Costa Andrade, M. da, “A ‘dignidade penal’...”, cit., p. 184). De manera coincidente con esta idea acerca de la necesidad de un menoscabo suficientemente importante de un bien jurídico en el pensamiento de Schünemann vid. Romano, M., “‘Merecimiento de pena’...”, cit., p. 144.

⁷⁶ Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Granada, 1993, pp. 43-44.

acerca del merecimiento de pena tenga utilidad apenas en el plano legislativo, no proyectando sus efectos también en el plan jurisdiccional; al contrario, la importancia del juicio sobre el *merecimiento de pena* sobresale justamente en este segundo plano jurisdiccional, de modo que varias figuras que componen la dogmática jurídico-penal deben ser sometidas al juicio sobre el *merecimiento de pena*. Así es que, desde las categorías dogmáticas más elementales, como la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad –para algunos, de forma reforzada, también la punibilidad–, hasta hipótesis más específicas como la exención de pena, deberán ser sometidas al juicio sobre el *merecimiento de pena*, el cual actúa de forma ubicua.

Ahora bien, para que se pueda comprender cómo el merecimiento de pena se proyecta en el proceso penal,⁷⁷ en especial en cuanto a las manifestaciones del principio de oportunidad reglada, es necesario verificar el fundamento político-criminal del contenido del tipo penal –expuesto por Amelung⁷⁸–, presuponiendo la referencia al carácter especial del injusto descrito típicamente que implica una ponderación entre el valor del bien jurídico y los intereses que inciden en la configuración del tipo penal,⁷⁹ según pensamos éstos de naturaleza político-criminal. De esta forma, el fin de la norma penal de evitar una conducta mediante su prohibición bajo amenaza de pena presupone precisamente un desvalor, una valoración negativa de esta acción, y el fin de la norma de oponerse al máximo a un hecho con los medios más duros, o por el contrario, no de forma tan perentoria y con medios más suaves, presupone

⁷⁷ Sobre esta cuestión vid. Conde-Pumpido Ferreiro, C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español”, en AA.VV., *La reforma del proceso...*, cit., pp. 295 y ss.

⁷⁸ Cfr. Amelung, K., “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, en AA.VV., *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 96. Ciertamente, los orígenes remotos de esta forma de entender el tipo penal se retrotraen al cambio verificado acerca de la comprensión sobre el destinatario de su contenido; esto es, si en un primer sentido las normas –secundarias– que componen el tipo penal tenían como destinatario a los propios órganos de la administración de justicia penal, haciendo referencia a las indicaciones de lo que se tiene que hacer cuando ocurre un ilícito penal, en una correcta comprensión de su contenido en él están también las normas dirigidas al individuo –normas primarias–, cuyo significado es la determinación de la actuación según lo que dice esta misma norma. Cfr. Schroeder, F. C., *Strafprozessrecht*, Múnich, 1997, p. 4.

⁷⁹ Seguimos en este punto los planteamientos de Schünemann y Amelung cuando atribuyen al tipo la finalidad de describir un injusto punible, o sea, la materia que es objeto de prohibición. Cfr. Amelung, K., “Contribución...” , cit., p. 96; Schünemann, B., “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, AA.VV., *El sistema moderno...*, cit., p. 72.

también una valoración negativa de dicho hecho que será mayor o menor en función de la gravedad de su contenido o del peligro de la amplia frecuencia de su comisión.⁸⁰ Es en esta última hipótesis en la que se debe buscar la justificación de la exclusión/atenuación del principio de legalidad procesal.

Por tanto, si el bien jurídico objeto de la lesión no tiene una relevancia social significativa, en función de su bajo valor para la comunidad –medido éste por el propio legislador cuando, en el momento de la previsión de la pena ha establecido el rango de penas que se van a imponer en los casos en que se produzca la lesión, valiéndose para este fin de consideración de prevención general–, si la gravedad de la lesión que ha sido provocada en el bien y en la vigencia de la norma no es acentuada, y si la necesidad de reprobación de la actitud interna del autor no es elevada, entonces la dañosidad social de la conducta es pequeña, de modo que el merecimiento de pena es bajo y la norma puede no necesitar de la respuesta penal típica –incluyendo aquella de naturaleza procesal– para el mantenimiento y refuerzo de su vigencia.

Se puede constatar cómo desde esta perspectiva, el mayor o menor merecimiento de pena se refleja directamente en la variación en cuanto al rigor –penal/procesal– de la protección penal.

La confirmación de la relación entre las manifestaciones del principio de oportunidad reglada y la función de protección de bienes jurídicos esenciales es hecha por Figueiredo Dias, al identificar las intenciones político-criminales que están detrás de la exclusión/atenuación del principio de legalidad, con la idea de que la intervención del sistema formal de control debe estrictamente limitarse por las máximas de la más laxa *diversion* y de la menor intervención socialmente soportable, lo que a su vez radica en la idea matriz de que la función de toda la intervención penal sólo puede ser la protección de bienes jurídicos o –haciendo uso de una expresión lumaniana de Jakobs– la estabilización *contrafáctica* de las expectativas comunitarias de la norma violada.⁸¹

En definitiva, si a la vista de la menor intensidad del merecimiento de pena la norma no necesita de una vigorosa respuesta estatal para la estabilización de la expectativa sobre su vigencia, se admite que se atenúe esta respuesta –y en lo que nos interesa, también la de naturaleza procesal– con vistas a la obtención de efectos político-criminales también de otro tipo. Esto es, si el

⁸⁰ Luzón Peña, D. M., “La relación...”, cit., pp. 120-121.

⁸¹ Figueiredo Dias, J. de, *Direito processual...*, cit., p. 98.

bien jurídico lesionado no expresa una relevancia social significativa, si la lesión en él provocada o en la vigencia de la norma no es grave,⁸² y si no es expresiva la necesidad de reprobación de la actitud interna del autor, siendo menor la dañosidad social,⁸³ la alteración verificada acerca del merecimiento de pena debe repercutir directamente en la necesidad de protección y, así, en la propia consecuencia jurídica (penal/procesal) resultante de la lesión al bien jurídico y de la desestabilización provocada en la vigencia de la norma.

De esta manera, la adopción de manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el proceso penal se encuentra justificada en los casos en los que se constate un menor merecimiento de pena, posibilitando de esta manera que sean buscadas otras finalidades de naturaleza político-criminal, también relevantes, como, por ejemplo, la no sumisión del imputado a los efectos estigmatizantes del proceso penal, privilegiándose de este modo el fin de prevención especial de no des-socialización. En estos casos, el bajo merecimiento de pena da lugar a una menor necesidad de prevención general de integración —en el sentido de la necesidad de estabilización de la norma—, que, actuando en conjunto⁸⁴ con el fin de prevención especial de no des-socialización, permite que se pueda atenuar el principio de legalidad procesal, dando margen a la utilización del principio de oportunidad reglada.

Tratando de concretar la idea anteriormente expuesta, en el sentido de que el juicio sobre el merecimiento de pena se debe proyectar también en la actuación de los órganos jurisdiccionales penales, su importancia es fundamental en el análisis acerca de la posibilidad de aplicar las manifestaciones del principio de oportunidad reglada en cada caso concreto. Es decir, aunque en un caso concreto se ajuste a la moldura penal que permite el uso de una manifestación de oportunidad reglada, esto por sí solo no será suficiente, ca-

⁸² Este segundo criterio resulta de la constatación de que el ilícito debe ser valorado por el juez en función de la gravedad del ataque al objeto en particular. Los daños ocasionados, la extinción de los efectos producidos, en suma, el *efecto externo*, determinan entonces para el juez, en el momento de la fijación de la pena, el significado del hecho para el orden jurídico que ha sido violado (Miranda Rodríguez, A. M., *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra, 1995, p. 481).

⁸³ Y no osando el legislador excluir la intervención penal en este caso —lo que tal vez sea mucho más correcto—, desde que no haya una residual necesidad de protección.

⁸⁴ En este mismo sentido Roxin plantea cómo es necesario lograr una situación de *equilibrio* entre los fines propios de la prevención general y de la especial, espacio en el que tiene que actuar como limitante la libertad individual (Roxin, C., *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Valencia, 2000, p. 32).

biendo aún un análisis para verificar si en la situación a la que se refiere están presentes todos los requisitos que permiten su utilización. De este modo, el límite de pena en que es posible el uso del principio de oportunidad es solamente el marco superior máximo, en el interior del cual deben actuar los demás criterios inherentes al merecimiento de pena. Para constatar esto, basta traer a colación, una vez más, lo que acontece en el ordenamiento jurídico alemán, en el que el factor relacionado con el no impedimento de la culpabilidad y la referencia al interés público en la persecución deben ser analizados para la definitiva aplicación del parágrafo 153a de la Ordenanza Procesal Penal.⁸⁵

En esto radica la distinción, una vez que en algunos ordenamientos jurídicos que contemplan manifestaciones del principio de oportunidad reglada, el criterio utilizado principalmente en la práctica se limita al criterio de la moldura penal que el legislador ha fijado como posible ámbito aplicativo. Esta es una solución más comfortable, puesto que reduce el trabajo de los distintos operadores jurídicos, en especial de policías y fiscales, y se justifica fácilmente por el consenso del imputado, en razón de que esta solución le es más favorable, al menos en términos cuantitativos y de rapidez en la solución del conflicto. Esta forma de proceder es la que genera los excesos y desvirtuaciones del modelo en la práctica, exponiéndolo a las críticas.

Además, hay que referir aquí la cuestión muy bien expuesta por Costa Andrade, quien rebate a Jakobs, en el sentido de que nada impone –en todo caso sugiere– que las normas incriminatorias de las infracciones más graves sean, por definición, las que carecen de una más expresiva reafirmación simbólica contrafáctica. Al revés, todo parece apuntar en el sentido inverso: en puridad, son las normas correspondientes a los crímenes graves las que gozan de una interiorización más estable y de una más generalizada fidelidad,⁸⁶ a la vista de la naturaleza y del valor del bien jurídico tutelado.

Esta conclusión puede conducir equivocadamente a un entendimiento en el sentido de legitimar la extensión del principio de oportunidad reglada también a los casos de lesión a bienes jurídicos de relevante valor social, por cuanto las normas que a ellos hacen referencia no necesitan de una estabilización en su vigencia. Esto es un error: teniendo en cuenta el rigor de la respuesta estatal en estos casos –la naturaleza y la gravedad de la pena–, el vector

⁸⁵ Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, Múnich, 1991, p. 71.

⁸⁶ Costa Andrade, M. da, *Consentimento...*, cit., pp. 119 y ss.

garantía se sobrepone al vector funcionalidad, determinando la necesidad de mayor formalidad, imponiéndose la sumisión del hecho al proceso formal. En conclusión: en estos casos se erige como imprescindible la garantía del proceso penal.

B. La necesidad de pena⁸⁷ y las manifestaciones del principio de oportunidad reglada

No basta que haya un menor merecimiento de pena para justificar la adopción del principio de oportunidad reglada en el proceso penal, siendo necesario también que exista una necesidad de recurrir a la sanción penal y, así, al proceso penal formal, en virtud de la ausencia de equivalentes funcionales que puedan producir los mismos efectos de la pena.

La idea se basa en el criterio de la necesidad de pena, el cual, con Luzón Peña, consiste en un juicio de valor en el sentido de la subsidiariedad de la intervención penal, de modo que una pena es necesaria si no hay ningún otro medio eficaz y menos lesivo (Bloy y Günther), teniendo como factores la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la protección jurídico-penal (Schünemann).⁸⁸ O sea, la necesidad de pena es una manifestación conjugada de los principios de *subsidiariedad*, *última ratio* y *proporcionalidad*, por los cuales el Derecho penal sólo debe intervenir cuando la protección de los bienes jurídicos no pueda ser hecha por medios menos gravosos.⁸⁹ Se trata de un referente político-criminal, de naturaleza particularmente *funcional*, que implica los siguientes juicios: el de la *necesidad*, referida a la inexistencia de otros medios –jurídicos o no– capaces de ofrecer una tutela adecuada y suficiente (*subsidiariedad*); el de la *idoneidad*, relativa a la aptitud y eficacia de la tutela penal para la protección del bien (*adecuación*); el de la *proporcionalidad*,⁹⁰

⁸⁷ Hay que aclarar que del mismo modo que hemos visto acerca del *merecimiento de pena*, tampoco hay un consenso absoluto sobre la terminología utilizada para describir la *necesidad de pena*, lo que ocurre principalmente en relación con la doctrina portuguesa. Así, en el texto subsiguiente todas las referencias a la *carencia de tutela penal* deben ser comprendidas como *necesidad de pena*.

⁸⁸ Luzón Peña, D. M., “La relación...”, cit., pp. 116 y ss. De manera coincidente con la información sobre los criterios procedentes del pensamiento de Schünemann, vid. Romano, M., “Merecimiento de pena...”, cit., p. 144.

⁸⁹ Más ampliamente *vid.* Prittwitz, C., “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, AA.VV., *La insostenible...*, cit., pp. 427 y ss.

⁹⁰ Como señala Böckenförde, la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llegar hasta

implicando una verificación de las ventajas y desventajas político-criminales de la intervención penal, con vistas a hacer posible afirmar que la tutela no genera más costes que beneficios.⁹¹

Habiendo alternativas menos formales, idóneas y eficaces para la función de tutela, las cuales, además, no impliquen costes desmedidos en relación con otros bienes jurídicos relevantes, sin duda ellas deben ser escogidas. Realizando la debida proyección en el contexto que nos interesa, y ofreciendo el soporte más seguro para el que ha sido expuesto, Costa Andrade es quien señala que es evidente que también el proceso penal se muestra abierto al juicio de necesidad de pena, destacando que es esto lo que sucede en la regulación de los institutos como la *voläufige Einstellung* del parágrafo 153a de la Ordenanza Procesal Penal alemana o la suspensión provisional del proceso del artículo 281 del Código de Proceso Penal portugués.⁹²

Así, acreditándose un menor merecimiento de pena y dándose equivalentes funcionales que puedan, con menor daño, cumplir los efectos de la pena, o si esta necesidad de pena es disminuida por algún otro factor, por ejemplo, el

donde resulte apropiado, necesario y proporcionado en sentido estricto, en orden a la consecución de un fin justificable de interés público formulado por la ley limitadora (Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993, p. 102); y además, esta proporcionalidad sólo surge cuando previamente ha existido una *ponderación de bienes* (Häberle, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, p. 67). Desde esta misma perspectiva, Silva Sánchez sostiene que la acogida de criterios de oportunidad sólo podría resultar beneficiosa para el sistema punitivo mientras no se traduzca en un sacrificio de las víctimas potenciales por la disminución del efecto disuasivo de las penas; puesto que una variación de las consecuencias del delito en estos términos significaría un aumento de probabilidades de que se opte por la alternativa criminosa, especialmente si se trata de delitos económico-patrimoniales que puedan reportar a sus autores –sujetos presuntamente acostumbrados calcular los costes y beneficios de cada acción– una enorme cantidad de riqueza (Silva Sánchez, J. M., “Eficacia y derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 117). Vid., además, Pedraz Penalva, E., *Derecho procesal penal. Tomo I. Principios de Derecho procesal penal*, Madrid, 2000, pp. 182 y ss.

⁹¹ Costa Andrade aclara que la necesidad de pena expresa el principio de *subsidiariedad* y de *ultima ratio* del Derecho penal. Según su entender, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando la protección de los bienes jurídicos no pueda ser hecha por medios menos gravosos para la libertad: así, la afirmación de la necesidad de pena significa que la tutela penal es también *adecuada y necesaria* (*geeignet und erforderlich*) para la prevención de la dañosidad social, y que la intervención del Derecho penal en el caso concreto *no genere efectos secundarios, desproporcionalmente lesivos*. La necesidad de pena es analizada, así, en un doble y complementario juicio: en primer lugar, un juicio de *necesidad* (*erforderlichkeit*), en virtud de la ausencia de una alternativa idónea y eficaz de tutela en lo penal; en segundo lugar, un juicio de *idoneidad* (*geeignetheit*) del Derecho penal para asegurar la tutela, y para hacerlo sin costes desmedidos, referido al sacrificio de otros bienes jurídicos, en especial la libertad (Costa Andrade, M. da, “A ‘dignidade penal’...”, cit., p. 186).

⁹² Cfr. Costa Andrade, M. da, “A ‘dignidade penal’...”, cit., p. 200.

comportamiento cooperativo del imputado, es posible relegar no sólo la imposición de la pena, sino también el uso del propio proceso penal formal, permitiendo el uso de las manifestaciones del principio de oportunidad reglada.

III. Los delitos de corrupción y las manifestaciones del principio de oportunidad reglada en el proceso penal

Aclaradas ya algunas de las cuestiones generales relacionadas con el principio de oportunidad en el proceso penal, y concluyendo que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos su manifestación se concreta en la fijación legal de los presupuestos y requisitos para ser aplicado (reglada), como una atenuación del principio de legalidad, y además habiendo hecho la demostración de su justificación político-criminal, es necesario ahora confrontar estas ideas con las hipótesis relacionadas con el fenómeno de la corrupción.⁹³

La constatación de la compatibilidad de las manifestaciones del principio de oportunidad reglada con los delitos de corrupción se tiene que hacer también en el plano de la política criminal. De hecho, el campo de la política criminal se muestra totalmente adecuado para el análisis sobre dicha compatibilidad, teniendo en cuenta que se está ante dos realidades político-criminales aparentemente opuestas e inconciliables. Es decir, si, por un lado, las manifestaciones del principio de oportunidad reglada se refieren en general a la criminalidad de gravedad media o baja, y, por otro, los delitos de corrupción generalmente son incluidos en la llamada criminalidad grave, los dos términos están en polos opuestos de la fenomenología criminal, demandando respuestas distintas en términos de política criminal.

Puesto que ya hemos hecho la demostración de la relación entre las manifestaciones del principio de oportunidad reglada y los criterios político-criminales básicos en que se asienta el sistema jurídico-penal, de igual manera el análisis de su compatibilidad con los delitos de corrupción tiene que ser hecho por referencia a los mismos criterios del *merecimiento de pena* y de la *necesidad de pena*.

⁹³ Sobre este tema vid. por todos Contreras Alfaro, L. H., *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*, Santiago de Chile, 2004.

1. Delitos de corrupción, merecimiento de pena y principio de oportunidad

Lo que pretendemos es someter las principales características de los delitos de corrupción al juicio acerca del merecimiento de pena, con el fin de verificar así la posibilidad de utilizar las manifestaciones del principio de oportunidad reglada también en relación con estos delitos.

Como ya hemos visto con anterioridad, los tres factores básicos que determinan el merecimiento de pena de un determinado hecho son: la importancia social del bien jurídico, la gravedad de la lesión que ha sido en él provocada y también en la vigencia de la norma, y la reprobabilidad de la actitud interna. Todos ellos analizados de forma conjunta.

1.1. Importancia social del bien jurídico

La indefinición existente sobre el bien jurídico al que se refieren las normas que tratan sobre los delitos de corrupción nos va a servir en el análisis sobre su importancia social.⁹⁴ Así, a pesar de que en la actualidad el tratamiento legal de los delitos de corrupción esté sujeto a alteraciones en los diversos ordenamientos jurídicos, y aunque se trate de un asunto ampliamente tratado en la doctrina, todavía no se tiene un posicionamiento uniforme sobre cuál es el bien jurídico afectado o expuesto en peligro en estos delitos, en virtud de sus distintas manifestaciones en la práctica.

De entre las distintas opiniones surgidas en torno a esta cuestión, existe el entendimiento de que los delitos de corrupción son pluriofensivos, afectando a distintos aspectos de la estructura administrativa del Estado, y desde hace pocos años siendo reconocida su proyección también en el ámbito privado,⁹⁵

⁹⁴ Es en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 donde, de manera resumida, pero totalmente acertada e impactante, se recogen los efectos que genera la corrupción: afecta a la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. Con relación a Iberoamérica vid. Diego Bautista, O., "Institucionalización de instrumentos éticos: un dique a la corrupción política en América Latina", en Rey Tristán, E. y Calvo González, P. (Coords.), 200 años de Iberoamérica (1810-2010): Congreso Internacional: Actas del XIV Encuentro de Latioamericanoes Españoles (Santiago de Compostela, 15-18 de setiembre de 2010), Santiago de Compostela, 2010, pp. 2073 y ss.

⁹⁵ Así ha sucedido en España, como consecuencia de la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, en la reciente modificación del Código Penal; sobre la misma vid. Sánchez Melgar, J., "La corrupción en el sector privado", *Revista Xurídica Galega*,

de modo que sólo esta característica ya es un indicio sobre la importancia *social* de los bienes a que se refieren.

Si bien puede no ser compartida esta opinión en cuanto a la característica pluriofensiva de los delitos de corrupción, hay otro dato que puede ayudar a comprender la importancia social de los bienes que se ven afectados por las conductas de corrupción. Se trata de los efectos retardados que se generan por los delitos de corrupción, sobre los que no siempre se tiene una clara visión pese a que en los últimos tiempos están siendo enfatizados por instituciones y organismos nacionales e internacionales. Es decir, a pesar de la gravedad de los efectos que puede derivar de estos delitos para los bienes inmediatamente afectados, en lo que se refiere tanto a los aspectos materiales como en cuanto a los aspectos formales de la administración pública o de la organización de las empresas, más graves incluso son los efectos mediatos –pero directos– que surgen de estos hechos. En efecto, la práctica de los delitos de corrupción afecta o pone en peligro otros aspectos sociales muy importantes. Así, como consecuencia de estos ilícitos, en el ámbito público,⁹⁶ se constata el comprometimiento de la capacidad del Estado de hacer frente a prestaciones

núm. 63, 2009, pp. 13 y ss.; Blanco Cordero, I., “Delitos de corrupción”, *Diario La Ley*, 7534, 2010, pp. 23 y ss.; Queralt Jiménez, J. J., “Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de Código Penal”, *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 147, 2010, pp. 15 y ss.; Ventura Püschel, V., “Corrupción entre particulares (art. 286 bis, 1, 2, 3)”, Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dtores.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 319 y ss.; Navarro Massip, J., “El delito de corrupción entre particulares”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, pp. 41 y ss.; Mendoza Buergo, M., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del cp)”, Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dtor.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Pamplona, 2011, pp. 425 y ss.; Otero González, P., “La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 87, 2011, pp. 29 y ss. De igual forma, en el Estatuto Anticorrupción colombiano de 2011, por mor del artículo 16, se da nueva entrada a este delito, que pasará a estar ubicado en el artículo 250A del Código Penal, con el texto siguiente:

“El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.

Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años”.

⁹⁶ Vid. Castro Cuenca, C. G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Salamanca, 2009.

en sectores esenciales tales como los de la salud,⁹⁷ la alimentación, la vivienda, la seguridad social, la educación, etc., limitando su capacidad de atención y dejando desprotegidos a los grupos sociales menos favorecidos;⁹⁸ en el sector privado, además de sus consecuencias directas en relación con la organización y salud económica de las empresas, la corrupción genera indirectamente daños inconmensurables en los mercados nacionales e internacionales, distorsionando la competencia en la adquisición de bienes y servicios⁹⁹ al apoyarse en

⁹⁷ A este sector de la salud se le presta una atención monográfica en el Estatuto Anticorrupción colombiano de 2011. Sobre esta cuestión vid., en general, Transparency International, *Informe Global de la Corrupción 2006. Corrupción y salud*, Nueva York, 2007.

⁹⁸ De manera gráfica, Velásquez señala cómo vivimos “en el marco de un capitalismo salvaje, corrupto, presa de una terrible lepra moral, que ha permitido a sus más conspicuos adalides –y a sus amigotes– llenar las arcas, en medio de incontables escándalos de corrupción, derroche, ineficiencia y prepotencia; casos como los de la ENRON, XEROX, JOHNSON and JOHNSON, IBM, WORLDCOM, etc., tanto en Estados Unidos como en Europa, ponen al desnudo la corrupción y la francachela, y le muestran al mundo entero quiénes saquean la economía planetaria mientras cientos de millones de personas perecen de inanición, evidenciando lo que algún crítico ha denominado la *enfermedad moral del capitalismo*” (Velásquez Velásquez, F., *Globalización y Derecho penal*, 2008 [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf]).

⁹⁹ Como consecuencia de ello Cockcroft ya propuso hace años cómo para frenar la exportación de la corrupción se hacía necesario analizar la conveniencia de organizar un marco internacional eficaz, capaz de poner freno a los sobornos transnacionales (Cockcroft, L., *Globalización de los mercados y corrupción*. El marco internacional para la lucha contra la corrupción internacional”, *Información Comercial Española*, núm. 741, 1995, pp. 45 y ss.). En poco tiempo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Unión Europea y Naciones Unidas han elaborado una normativa relevante en esta materia cuyo acatamiento por los países ha motivado reformas en los códigos penales nacionales. Así ha sucedido en Chile, como *moneda de cambio* para garantizar su entrada en la OCDE (vid. Fabián Caparrós, E. A., “La reforma del cohecho transnacional a la luz del derecho comparado en el marco convencional de la cooperación y el desarrollo económico (el caso chileno)”, en AA.VV., *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*, Buenos Aires, 2011, pp. 189 y ss.; Rodríguez García, N., “La corrupción de funcionario público extranjero en el Derecho penal chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997 (aspectos procesales)”, en AA.VV., *Chile en el club de los países desarrollados*, Santiago, 2010, pp. 115 y ss.). De igual forma en España, que después de más de una década de vigencia –e inaplicación– del artículo 445 bis CP, con el que se traspuso la Convención de la OCDE de 1997 para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, en la reforma del Código Penal de 2010 ha reformado este tipo penal (vid. Fabián Caparrós, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, 2003; Díaz-Maroto y Villarejo, J., “El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)”, *Diario La Ley*, núm. 6740, 2007, pp. 1 y ss.; Rodríguez Puerta, M. J., “Corrupción en las transacciones internacionales (art. 445)”, Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dtores.), *Comentarios...*, cit., pp. 489 y ss.). El Estatuto Anticorrupción colombiano de 2011 no ha querido ser menos, y así su artículo 30 incorpora al catálogo de tipos penales al “soborno transnacional”, que pasa a estar ubicado en el artículo 433 del Código Penal, con el siguiente contenido: