



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 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.

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).