

FUNDAMENTACIÓN PENAL MATERIAL PARA EL EJERCICIO PROCESAL DEL “IUS PUNIENDI” Y SU RENUNCIA*

*Jorge Fernando Perdomo Torres***

I. INTRODUCCIÓN

Antes que todo deseo manifestar mis más sinceros sentimientos de gratitud con el director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, el profesor JAIME BERNAL CUÉLLAR, por la cordial invitación a participar en estas afamadas Jornadas Internacionales de Derecho Penal.

El tema marco de este evento es el “principio de culpabilidad y proceso penal”. Los organizadores han querido resaltar, muy acertadamente en nuestra opinión, la íntima conexión existente entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal, pues no se puede pensar el estudio de un estatuto procesal y sus instituciones sin tener como punto de partida el derecho penal material, y su máxima “el principio de

* Conferencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en derecho comparado y doctor en derecho de la Universidad de Bonn, Alemania. Ex-becario de la Universidad Externado de Colombia en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn y de la Fundación Konrad-Adenauer. Actualmente profesor de derecho penal en la Universidad Externado de Colombia. Las ideas de esta ponencia y otras más están desarrolladas en detalle en PERDOMO TORRES. *Los principios de legalidad y oportunidad, Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en prensa.

culpabilidad”. Ya que nos encontramos actualmente en Colombia ante el desafío de un nuevo ordenamiento procesal penal, consideramos necesario, como lo sugiere ya el título de la contribución, hacer un estudio sobre los fundamentos penales materiales de la obligatoriedad del ejercicio de la potestad punitiva del Estado y de la renuncia a esa potestad, más concretamente, de los principios de *legalidad* y *oportunidad*.

De forma general puede aseverarse que el principio de culpabilidad hace alusión a que el Estado sólo podrá ejercer el *ius puniendi* a través de la imposición de una pena cuando la culpabilidad del sujeto esté demostrada; la potestad punitiva del Estado es la consecuencia necesaria de la imputación por el injusto y la culpabilidad. No obstante lo anterior, la Constitución Nacional y el nuevo estatuto procesal penal colombiano consagran el denominado principio de oportunidad, poniendo en tela de juicio la irremediable constatación de la norma a través de la pena, cuando se está ante un hecho que cuestiona su validez. ¿Qué pasa entonces cuando el Estado renuncia a la persecución penal ejerciendo el principio de oportunidad, a pesar de que muy seguramente el proceso llevaría a afirmar la culpabilidad del sujeto? ¿Será que el Estado está facultado para esto desde los fundamentos del derecho penal material, los cuales precisamente, como se dijo, aportan los elementos del juicio de reproche por el hecho? ¿Dónde queda la fuerza normativa del principio de legalidad, concebido tradicionalmente como eje central del derecho penal liberal y de la idea de Estado de derecho? Los anteriores interrogantes serán el objeto de esta contribución.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Aspectos generales

Los principios de legalidad y oportunidad son los pilares más importantes del nuevo ordenamiento procesal penal colombiano; el primero es la regla general y el segundo su excepción. Desde la perspectiva procesal penal el principio de legalidad, como veremos enseguida, conlleva el imperativo del ejercicio de la acción penal ante el conocimiento de un hecho sancionado con pena desde el derecho penal material. Por el contrario, el principio-excepción representa la “no obligatoriedad” de la instauración de una pena estatal ante determinados supuestos establecidos directamente en la ley, es la autorización para disponer de la acción penal cuando se cumplan dichos supuestos. La oportunidad no sólo es consecuencia de la propia consagración constitucional —lo que la doctrina procesal denomina constitucionalización del procedimiento¹—, sino que también es desarrollada en concreto, esto es, referida a supuestos específicos en el ordenamiento procesal penal. Se trata de una *configuración estricta* (arts. 250 C. N. y 321 y ss. CPP) que hace especial hincapié en su relación respecto del principio

1 Cfr. J. BERNAL CUÉLLAR y E. MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. I, “Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio”, Bogotá, Univesidad Externado de Colombia, 2004, p. 23.

de legalidad y en el ámbito común de aplicación, que remite también a las facultades y límites de los poderes públicos² y en especial al ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

2. Concreción del principio de legalidad constitucional en derecho procesal penal (el deber de persecución penal)

El principio de legalidad reclama, y en el ámbito penal en mayor medida debido al carácter “grave” de la intervención, que “en el derecho penal reinen las normas y no las personas”³. Ya la formulación que de este principio hicieron PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH en el marco de su teoría de la prevención general negativa: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, influyó la idea y concepto de Estado de derecho que hoy conocemos y, en especial, la evolución penal en los últimos doscientos años⁴. La legalidad, entendida como mandato de determinabilidad de las leyes y como vinculación del aplicador del derecho a la ley, conforma el fundamento del derecho penal de un Estado de derecho. Partiendo de su origen constitucional y aplicado al derecho procesal penal en concreto, el principio de legalidad implica que “nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos” (art. 6.º CPP) y que todos los órganos estatales que participan en el proceso penal –policías, fiscales, jueces, etc.– se encuentran vinculados a la legislación existente en el ejercicio de sus funciones y en la toma de las decisiones que les competen, esto es por ejemplo, la aplicación de la norma dentro de los límites que ella misma establece; así, el artículo 27 CPP principalmente: “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento”. El principio de legalidad así entendido es la “manifestación procesal penal concreta” de su versión general constitucional⁵.

Por lo anterior, este principio constitucional también tiene su equivalente funcional en el proceso de ejercicio de la potestad punitiva del Estado. No sólo se trata de la vinculación normativa de la actuación de los órganos estatales en el ejercicio de dicha potestad, sino también del desarrollo en el proceso penal de otros principios inherentes a la idea del Estado de derecho que, como se dijo arriba, anidan en esta

2 Así BERZOSA. “Principios del proceso”, en *Justicia* 1992-3.

3 NAUCKE. “Der Zustand der Legalitätsprinzip”, en LÜDERSSEN, NESTLER-TREMEL y WEIGEND (eds.). *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt, 1990, p. 149.

4 P. J. A. FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Aalen, 1973 (reimp. de la 14.ª ed., Gießen, 1847), § 20.

5 El principio de legalidad como “contrapartida sistemática” del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en HASSEMER. “Legalität und Opportunität im Strafverfahren”, en *Libro conmemorativo de los 125 años de existencia de la fiscalía de Schleswig-Holstein*, Köln et ál. 1992, p. 529; también SCHROEDER. “Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute”, en *Libro homenaje a Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 422 y ss.; rechazando esta interpretación ERB. *Legalität und Opportunität*, Berlin, 1999, pp. 118 y ss.

concepción. Por ejemplo y sólo para mencionar un aspecto, el derecho de igualdad ante la ley tiene su correspondiente aplicación en el proceso de persecución penal; en este ámbito significa que todas las autoridades encargadas de dicha persecución están obligadas a aplicar las leyes penales correctamente y sin excepción⁶, esto es, a tratar a todos de igual forma en el momento de aplicación de las leyes. Así en materia procesal penal: “Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (art. 4.º CPP). Si bien este derecho encuentra consagración expresa en la ley procesal, se discute en la literatura si él, así concebido y consagrado, puede desarrollar un “efecto de control”⁷ concreto en el proceso penal. Parece entendible que, por esto, se le conciba en estricta unión con el mandato de legalidad, pues, para muchos, éste es el que en la práctica procesal penal convierte a aquel en realidad⁸.

El principio constitucional de legalidad se concreta para el derecho procesal penal en diversas normas. La consagración más significativa es el establecimiento del denominado “deber de persecución penal” que hace alusión a la obligación de todas las autoridades encargadas de la persecución penal de intervenir dentro del ámbito de sus competencias cuando por las circunstancias dadas existan motivos suficientes para ello (art. 250 C. N.)⁹. Las disposiciones sobre titularidad y obligatoriedad de la acción penal contenidas en el artículo 66 CPP consagran también este deber: “El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio”. Entonces, en especial para la fiscalía se pueden concretar dos deberes fundamentales, y esto ya desde el tenor de la Constitución en el artículo 250 y concretamente en materia penal a partir del artículo 114 CPP que regula las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación: el deber de instrucción –lo que según nuestra opinión sería el deber de persecución penal en sentido estricto– y el deber de tomar la decisión respecto de lo investigado¹⁰ –y esto como reconocimiento de la judicatura como el núcleo del sistema jurídico–.

El deber de instrucción hace referencia a la obligación de la fiscalía de iniciar la indagación e investigación siempre que exista una sospecha fundada acerca de la comisión

6 HEYDEN. *Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips*, Winterthur, 1961, p. 10.

7 MARXEN. *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, 1984, p. 46.

8 NAUCKE. *Strafrecht*, 7.ª ed., Neuwied, 1995, § 5, n. m. 83; HASSEMER. *Legalität und Opportunität im Strafverfahren*, p. 530.

9 Sobre este deber ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, 22.ª ed., München, 1991, p. 68, con otras remisiones.

10 Así POTT. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*, Frankfurt, 1996, p. 4; HORSTMANN. *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, Berlin, 2002, pp. 26 y s.

de un hecho punible y que llegue a su conocimiento por medio de querrela, denuncia, etc. Una vez que se tiene la certeza de dicha comisión surge el deber de esclarecer las circunstancias que rodean este hecho y de asegurar el correcto desenvolvimiento de la investigación, por ejemplo en una primera fase a través de la recaudación y del aseguramiento del material probatorio que viniere al caso. El principio de legalidad también aporta el deber del fiscal de tratar y valorar adecuadamente los hechos¹¹, y esto precisamente como consecuencia del deber de investigar y de lograr los medios probatorios necesarios para dicha valoración. Cuando de los elementos materiales probatorios recaudados, de la evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir que una persona ha intervenido en la ejecución del delito, el fiscal deberá hacer la imputación fáctica correspondiente de acuerdo a las normas pertinentes. Una vez que el fiscal haya valorado toda la información disponible sobre la comisión del hecho punible y acerca de la posible participación del imputado deberá tomar la decisión que corresponda. Por ahora, mencionaremos solamente la posibilidad de solicitar al juez de conocimiento la preclusión de acuerdo a las causales consagradas en el artículo 332 CPP y la de acusación ante el juez competente cuando de acuerdo a lo investigado e indagado “se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe” según el artículo 336 CPP. El principio de legalidad contiene, en definitiva, una orden general a todos los organismos estatales encargados de la persecución de delitos de acabar con la criminalidad; desde esta perspectiva el Estado está obligado a la persecución de los intervinientes en hechos delictivos a través de las autoridades competentes.

3. ¿Es posible una estricta aplicación del principio de legalidad?

Con el reconocimiento constitucional del principio de legalidad no parece que se pueda afirmar la vigencia ilimitada de este principio, esto es, la conveniencia de la vinculación de todos los órganos estatales que intervienen en el proceso punitivo a las leyes penales de manera que no dispongan de margen autónomo de decisión alguno en el momento de ejercer su actividad; la aplicación de las leyes no es un proceso mecánico en el que el juez se degrada a una “máquina de aplicación de la ley”. Hoy en día una concepción semejante se puede considerar por suerte como cosa del pasado¹².

Si bien el legislador se esfuerza por ofrecer un conjunto de reglas válidas generales y a la vez claras, la imposibilidad de abarcar con normas del derecho positivo los muy numerosos acontecimientos y situaciones de una sociedad cada vez más compleja y desarrollada hace necesario que existan, también dentro del sistema del derecho, las posibilidades y momentos jurídicos para valoraciones (también jurídicas). La ley podrá describir de una u otra forma una situación concreta, y ésta podrá coincidir en gran medida con la situación dada, una identidad que excluya la necesidad de juicios

11 Cfr. BOHNERT. *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, Berlin, 1992, p. 124.

12 HASSEMER. *Legalität und Opportunität im Strafverfahren*, pp. 529 y s.

de valor sobre el caso concreto no podrá encontrarse nunca de la mano de una norma penal positivizada. Esto tiene especial validez en el desarrollo de la actividad de la fiscalía. El fiscal nunca va a estar confrontado con una realidad equivalente a la que seguramente podrá hacerse referencia en el trabajo dogmático penal, en la academia, etc.; por el contrario, él se enfrenta a contextos relevantes para el derecho ante los cuales, muchas veces, no hay norma alguna a aplicar. Toda investigación que surja a partir de una sospecha acerca de la comisión de un hecho delictivo lleva implícita una valoración por parte del órgano investigador, la cual precisamente va a permitir calificar un hecho como algo “interesante” para el derecho penal. Además, a la utilización de una determinada táctica de investigación frente a la sospecha le es inherente un juicio sobre su conveniencia y efectividad. De lo que se trata entonces es de un acto hermenéutico de conjunto¹³ que debe verse como parte integrante del deber de persecución procesal penal que resulta del principio de legalidad constitucional al que hicimos alusión; de lo contrario se estaría ante un simple acto de realización de consecuencias jurídicas.

A esto habría que agregar que la problemática en torno al principio de legalidad no se agota en la simple ejecución o no de la ley, sino que también es necesario echar un vistazo a las condiciones que normalmente dominan la actividad judicial –nos referimos por ejemplo a la no disponibilidad de los medios idóneos para adelantar una investigación seria de los hechos, o también a las costumbres de una población–, pues ellas también pueden perfectamente influir en el incumplimiento del deber de investigar y esclarecer lo ocurrido¹⁴. En íntima relación con lo anterior, ZIPF¹⁵ ha llamado la atención acerca del “mal estado” del principio de legalidad en la práctica. Para él, este principio sólo se puede garantizar cuando se investigue y juzgue todos los hechos delictivos ocurridos. Ante la situación de la justicia penal actual, que no realiza una labor íntegra de esclarecimiento, y ante la impotencia frente a la “cifra oscura” de la criminalidad, según este autor, se está dando una limitación *de facto* del principio de legalidad¹⁶. La cuestión que entonces se plantea desde el punto de vista práctico es si es conveniente perseverar en la aplicación más estricta posible (siempre se hará referencia a un margen de discrecionalidad) de un principio de derecho o si, por el contrario, se acepta que la práctica judicial utilice otras herramientas sin que se esté lesionando la fuerza normativa de la máxima general. Para poder responder a este y muchos otros interrogantes haremos presentación a continuación del denominado principio de oportunidad. Una vez que tengamos claridad acerca de su función y legitimación se podrá entender el papel que este principio-excepción desempeña en

13 BOHNERT. *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalt*, pp. 125 y ss.

14 Amplio al respecto BOHNERT. Ob. cit., pp. 128 y ss.

15 ZIPF. “Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip”, en *Libro homenaje a Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 487 y ss.

16 También sobre la imposibilidad fáctica de desarrollo del principio de legalidad FALLER. “Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzip im Strafprozeß”, en *Libro homenaje a T. Maunz*, München, 1971, p. 72; HASSEMER. *Legalität und Opportunität im Strafverfahren*, pp. 532 y ss.

el sistema procesal penal y, entonces, de su utilidad práctica frente a los problemas que, desde esta misma perspectiva, encarna el principio de legalidad.

III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. Origen

El de oportunidad también es un principio de rango constitucional. El artículo 250 C. N. consagra, además del deber de persecución penal al que hicimos alusión en las líneas anteriores, que “la Fiscalía General de la Nación [...] no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

La cláusula salvatoria anterior describe una situación clara: la valoración constitucional actual entre el deber de persecución penal y la posible renuncia a esta potestad conforma una relación regla-excepción. Es decir, el principio de legalidad sigue siendo reconocido como el pilar fundamental del Estado de derecho, como la garantía para una administración de justicia igualitaria, independiente y justa. Los principios del Estado democrático de derecho reclaman que sea el legislador y no los organismos encargados de la persecución penal el que decida quién debe ser juzgado y bajo qué condiciones. Así las cosas, el principio de legalidad sigue gozando entre nosotros de un “alto prestigio” y, en verdad, no creemos que se pueda afirmar lo contrario. La cuestión que de esto surge es la determinación de las características del principio-excepción y, más aún, su legitimación dentro de la teoría del derecho penal (a esto último nos referiremos detalladamente en la parte siguiente).

Como “excepción” el principio de oportunidad puede ser objeto de diferentes valoraciones. Se puede pensar que conforma una limitación del principio de legalidad¹⁷, también se puede aseverar que él rompe con el principio base¹⁸. Cualquiera que sea la interpretación que se intente nunca se irá más allá de lo que ya evidencia la consagración constitucional: se trata de una correlación que también sirve a la libertad del ciudadano, al principio de igualdad ante la ley y a la seguridad jurídica, y esto porque su aplicación como regla-excepción busca estabilizar, desde el ámbito del derecho procesal, las condiciones fácticas necesarias en el Estado para la garantía de los derechos y el bienestar de los ciudadanos. Los dos principios deben considerarse

17 Así por ejemplo FEZER. *Strafprozessrecht I*, München, 1986, caso 1, n. m. 55.

18 Cfr. entre otros ROXIN. *Strafverfahrensrecht*, p. 70.

como una *unidad* en el sistema político criminal de reacciones estatales. Esta unidad, no obstante, no apacigua la prevalencia de la legalidad frente a la oportunidad¹⁹. Por el contrario, el resultado de su *complementación*²⁰ será el que la sociedad necesita, no sólo para lograr una convivencia pacífica, sino también para resolver adecuadamente los atentados contra el orden normativo determinado y, entonces, contra la puesta en duda precisamente de sus leyes. El principio de oportunidad es la expresión de una “finalidad especial político-criminal” que de ninguna manera puede tenerse como una idea contraria a la legalidad²¹. La contraposición que suele hacerse entre los dos principios y la significancia de la legalidad para la idea de Estado de derecho ha hecho que el principio de oportunidad se asocie, en materia penal, con algo “negativo”. Sin embargo, cuando se habla de oportunidad no se está hablando de algo ilegal o del imperio de lo simplemente útil. Por el contrario, el principio de oportunidad, como se verá, también lleva implícito la prohibición de arbitrariedad²². Además esta tara tampoco responde a la interpretación que surge del origen latino del término oportunidad, de la palabra *opportunum*; a pesar de que esta expresión puede traducirse de diferentes formas, creemos que cuando se aplique el principio de oportunidad y, de esta manera, se persiga el interés común, se está acatando de forma *oportuna* el principio de legalidad²³.

La introducción del concepto de oportunidad en el derecho procesal penal se atribuye a GLASER²⁴. Su origen ya como concepto jurídico se sitúa en los desarrollos del derecho administrativo donde se concibe generalmente como “la potestad jurídica que tienen los funcionarios de la administración para decidir, en cada caso concreto, acerca de la conveniencia de una medida del soberano”²⁵; este principio se contrapone al principio de legalidad también vigente para el derecho administrativo. De acuerdo a estas características la oportunidad se analiza en íntima conexión con la *discrecionalidad* y tiene, por lo menos en Alemania, una de sus mejores manifestaciones tratándose de la defensa general ante peligros. Es decir, los miembros de la policía y las autoridades del orden no están obligados a tomar medidas para la defensa ante determinados peligros

19 La tradición de la legalidad y la calidad de excepción de la oportunidad ponen en duda la consideración de esta última como principio; por esto, para algunos parece mejor utilizar el término idea (así HENKEL. *Strafverfahrensrecht*, 2.ª ed., Berlin et ál., 1958, p. 96). Sin embargo, nos parece que la Constitución misma ha aportado claridad frente a esta inquietud; la oportunidad es, en verdad, excepción, conforma al mismo tiempo el instrumento de política criminal para hacer efectivos los principios fundamentales del Estado de Derecho bajo las condiciones especiales de la sociedad colombiana.

20 Igualmente TERBACH. *Einstellungserzwingungsverfahren*, Baden-Baden, 1996, p. 91.

21 Así también GEPPERT. “Das Legalitätsprinzip”, en *Jura*, 1982, p. 312; KÜHNE. *Strafprozessrecht*, 5.ª ed., Heidelberg, 1999, p. 132; SCHLÜCHTER. *Strafprozessrecht*, 3.ª ed., Frankfurt, Thüningersheim, 1999, p. 158.

22 SCHROEDER. *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, p. 412.

23 Cfr. KAPAHNKE. *Opportunität und Legalität im Strafverfahren, Strafverfolgungsverzicht durch die Staats-anwaltschaft gemäß den §§ 154, 154a stopp nach der Neufassung durch das Strafverfahrensänderungsgesetz*, Tübingen, 1982, p. 30.

24 Remisión tomada de SCHROEDER. *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, p. 412.

25 En BOHNERT. *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, p. 134.

generales, sino que pueden decidir acerca de ellas discrecionalmente en el marco de sus competencias y deberes²⁶. No se puede afirmar, sin embargo, que el principio de oportunidad –por los menos en cuanto a su contenido general y a sus efectos– sea una institución totalmente ajena al derecho penal; por el contrario, si bien éste no se encontraba consagrado expresamente a nivel constitucional y tampoco desarrollado estrictamente en las normas procesales penales, el ordenamiento procesal ha conocido instrumentos excepciones al principio de persecución penal. Por ejemplo, los denominados delitos querellables, los cuales pertenecen a aquella categoría de delitos en los que el ordenamiento jurídico parte de la relación autor-víctima y en los que el conflicto no se analiza frente a la generalidad. Entonces, se trata de circunstancias en las que no se da necesariamente el interés público en la persecución; también así los delitos bagatela y las consecuencias punitivas derivadas de ellos. El motivo para la inclusión de estas excepciones a la legalidad en el ordenamiento penal es hacer depender la persecución penal de criterios de utilidad. La regulación expresa del principio de oportunidad aporta, sin embargo, claridad al respecto y, consagrando expresamente los eventos de su aplicación, le da al funcionario judicial la certeza de que en el caso concreto no se ejercita la acción penal *por disposición de la ley*.

2. La discrecionalidad y el principio de oportunidad

La discrecionalidad como característica del principio de oportunidad es el punto de partida de los últimos intentos dogmáticos de concreción de pautas para su aplicación. De lo que se trata es de responder a la encrucijada entre el entendimiento de una discrecionalidad total y una, por así decirlo, limitada, entre dos modelos diferentes de aplicación del derecho.

Es principalmente BOHNERT para quien la característica esencial del principio de oportunidad está en la falta total de vinculación jurídica del aplicador del derecho²⁷. Este principio debe de tener validez independientemente de los reparos que pueden hacerse frente al derecho constitucional, pues cualquier limitación en la aplicación y desarrollo de la oportunidad no corresponderá con su función; criterios que juegan en este punto un papel destacado como por ejemplo el “interés público” y que deciden acerca de la persecución o no del delito, no deben ser objeto de concreción dogmática²⁸. Cuando la oportunidad tenga estructuras vinculantes ya no será el principio que encarna²⁹.

Contra este punto de vista se manifestó ERB decididamente. Para este autor, aun cuando expresiones como la del “interés general” determinen la aplicación del principio

26 GÖTZ. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 5.ª ed., Göttingen, 1978, p. 68; sobre la actividad reglada y discrecional de la administración SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 45 y ss.

27 BOHNERT. *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalt*, pp. 171 y ss., 217 y ss.

28 *Ibíd.*, p. 152.

29 *Ibíd.*, p. 214.

de oportunidad y, por lo tanto, queden abiertas a la interpretación y discrecionalidad del aplicador del derecho, no se puede hablar en ningún momento de que exista un ámbito sin vinculación jurídica para éste. La arbitrariedad no es parte integrante de la oportunidad; por el contrario, criterios como el del “interés público” no excluyen la existencia de una vinculación tal, que es al fin de cuentas la que permite hacer compatible la oportunidad con la legalidad y con los principios fundamentales del Estado de derecho; sería tanto como elevar el arbitrio a principio jurídico³⁰. Este autor reconoce que utilizar el criterio de la discrecionalidad no es más que otra forma de expresar el sentido del principio de oportunidad, y ya que éste no se debe asociar con una decisión arbitraria por fuera del derecho, se esfuerza en la concreción del concepto de discrecionalidad. Después de un análisis de la discrecionalidad en el interior del derecho administrativo³¹ presenta un concepto que parte no sólo de la posibilidad de una merma cuantitativa de la vinculación a la ley, sino también de la importancia de las valoraciones individuales del aplicador del derecho en cada caso concreto; este segundo aspecto resulta, según ERB, de una particularidad cualitativa: la decisión final acerca del significado de los criterios relevantes para la toma de postura depende de la forma en que éstos se manifiesten en concreto y, por esto, la decisión no será una en el plano abstracto general, sino, por el contrario, una después de considerar el caso respectivo; así se da un acoplamiento entre todos los trabajos dogmáticos preparatorios que el aplicador del derecho tiene a su disposición en el momento de tomar decisiones frente a conceptos poco determinados³². Esto no debe entenderse, sin embargo, como una toma de decisión arbitraria; si bien la aplicación del derecho de acuerdo a la discrecionalidad está influenciada subjetivamente en gran medida, existirán los medios adecuados que garanticen la corrección objetiva³³ necesaria, y esto para que el trabajo judicial haga justicia a los fundamentos y finalidades del ordenamiento jurídico³⁴. La objetividad se garantiza, por ejemplo, a través de la detallada elección y la formación calificada de los funcionarios públicos encargados de administrar justicia. Cada decisión, además, debe estar argumentada de la mejor forma posible para que resulte comprensible también a terceros. Asimismo se podría pensar, según ERB, en la instauración de “lineamientos de discrecionalidad” que ofrezcan las pautas, por ejemplo en caso de colisión entre dos aspectos relevantes para la decisión, para determinar cuál de ellos debe tener preeminencia. En definitiva, el intento de concreción del criterio de la discrecionalidad le sirve a este autor para lograr una diferencia entre el principio de legalidad y el de oportunidad. Desde la perspectiva de la legalidad se hace alusión a una interpretación general y abstracta mientras que la óptica de la oportunidad abarca las circunstancias especiales del caso concreto. Entonces, el aplicador del derecho tiene a disposición un conjunto de circunstancias típicas específicas que, por su posible falta de determinación, también pueden ser

30 ERB. *Legalität und Opportunität*, pp. 37 y ss.

31 *Ibid.*, pp. 42 y ss.

32 *Ibid.*, p. 63.

33 *Ibid.*, pp. 65 y s.

34 *Ibid.*, pp. 63 y s.

objeto de una interpretación general; bajo la óptica de la oportunidad también habrá seguramente necesidad de interpretar elementos y circunstancias legales; lo decisivo girará, sin embargo, alrededor del poder de discrecionalidad del aplicador del derecho en la búsqueda de la justicia en cada caso concreto.

El intento de ERB de aportar pautas más claras para la cualificación del criterio de la discrecionalidad y su referencia útil al principio de oportunidad evidencia varias cosas. Por un lado, que la relación del principio de oportunidad respecto del principio de legalidad no es excluyente sino que, por el contrario, es complementaria, pues la aplicación se mueve en dos planos totalmente diferentes. Primero se tienen los “motivos”, esto es, los conceptos jurídicos generales que, en el derecho procesal, se traducen en el deber de persecución penal y, segundo, las consideraciones que se deben hacer para alcanzar una decisión justa *en el y frente al caso concreto*. Por otro lado, que la problemática en torno a la relación entre el principio de oportunidad y el de legalidad no se reduce al trabajo de la fiscalía sino que, por el contrario, es inherente a la actividad de todos los órganos de decisión en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En el proceso penal esto significa que tanto el fiscal como el juez (cualquiera que éste sea) están facultados para realizar la ponderación complementaria entre los dos principios y para así determinar la proporcionalidad de las acciones penales frente a una posible vulneración de los derechos fundamentales y los valores constitucionales³⁵. Además, que si la oportunidad quiere jugar un papel importante en el logro de la justicia en el caso concreto, el aplicador del derecho debe hacer uso fundado del criterio de la discrecionalidad.

Este autor trata el tema de la discrecionalidad desde un punto de vista teórico y, efectivamente, llega a conclusiones acertadas dejando así al descubierto el sentido general del principio de oportunidad respecto del de legalidad. La actividad de la administración de justicia también está caracterizada por la toma discrecional de decisiones, por la búsqueda de la justicia en cada caso a decidir. Es precisamente este objetivo lo que ha llevado a que la doctrina haga una diferencia entre la discrecionalidad y los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”; según DELGADO BARRIO “la discrecionalidad implica una pluralidad de soluciones igualmente justas o lo que es lo mismo una pluralidad de soluciones indiferentes jurídicamente. Precisamente porque son indiferentes para el derecho éste no impone una concreta solución. Por el contrario, en los conceptos jurídicos indeterminados existe una única solución justa. A veces difícil de fijar pero en todo caso una solución justa”³⁶. Aplicado al principio de oportunidad esto significa que no se puede elegir con criterios de oportunidad, sino que existe la necesidad de encontrar la única solución justa. “Hay una única solución

35 Es lo que la jurisprudencia y doctrina penal últimamente han denominado como test de razonabilidad; cfr. al respecto BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. 1, cit., pp. 42 y ss.; sobre el principio de proporcionalidad BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 61 y ss.

justa. O las circunstancias son excepcionales o no lo son, o justifican [...] [algo] o no lo justifican. Podrá ser difícil en ocasiones precisar esa única solución justa pero el problema será de dificultad y no de libertad de elección”³⁷.

No creemos –como a primera vista podría pensarse– que esta interpretación esté en contravía con los planteamientos de ERB; por el contrario, el esfuerzo que hace este autor de concretar pautas jurídicas para el correcto entendimiento de la discrecionalidad en materia procesal penal está encaminado a evitar cualquier tipo de arbitrariedad dentro del sistema jurídico y también –como se vio– al logro de la solución justa. Por esto, no puede aceptarse que lo órganos encargados del ejercicio de la potestad punitiva del Estado tengan un poder discrecional absoluto; en materia procesal penal no puede haber discrecionalidad así entendida. “No es jurídicamente indiferente que se persiga o no un delito. No es igualmente justo que se imponga o no una pena”³⁸. Cuando se tome una decisión porque no existe interés público en la persecución, porque la culpabilidad es ínfima, etc., se está haciendo ejercicio de una discrecionalidad pero ya jurídica o, como lo afirma el tratadista español citado anteriormente, se trata de una decisión frente a “conceptos jurídicos indeterminados”³⁹.

El sentido práctico del principio expresado en la Constitución y en el ordenamiento procesal hace alusión, sin embargo, *no sólo* a la necesidad de la justicia en el caso, *sino también* frente al caso concreto, ubicándose así a la oportunidad al servicio de una política criminal determinada. Esta forma de proceder no es errada; por el contrario y como en los próximos apartados quedará evidenciado, la encrucijada entre la legalidad y la oportunidad es una inscrita ya en los fundamentos del Estado de derecho; además tal como está delineada la aplicación del principio de oportunidad en el ordenamiento procesal creemos que es posible una *práctica judicial jurídico-discrecional* (entonces también racional-razonable) uniforme y previsible que diste claramente del simple arbitrio del aplicador del derecho⁴⁰.

3. El principio de oportunidad y la ponderación constitucional

Ya es común en nuestra doctrina procesal penal encontrar la afirmación de que “el

36 DELGADO BARRIO. “El principio de oportunidad en el proceso penal”, *AP*, 1990, p. 151.

37 *Ibíd.*, p. 152.

38 *Ibíd.*, p. 153.

39 La diferencia entre discrecionalidad y los denominados conceptos jurídicos indeterminados tuvo su origen el derecho administrativo y se deja aplicar, sin más, al derecho procesal penal; cfr. al respecto BACHOF. “Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht”, *JZ*, 1955, pp. 97 y ss.; HUSMANN. “Die Beleidigung und die Kontrolle des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung”, *MDR*, 1988, pp. 729, con otras remisiones; KRÖPIL. “Gerichtliche Überprüfung des von der Staatsanwaltschaft bejahten öffentlichen und besonderen öffentlichen Interesses”, *DRiZ*, 1986, p. 19.

40 Teniendo en cuenta que la práctica judicial está influida por la toma de decisiones discrecionales frente a conceptos jurídicos indeterminados, la diferencia que se intente entre estos conceptos nos parece de naturaleza simplemente académica; así también HEGHMANN. “Öffentliches und besonders

derecho penal comienza en la Constitución”⁴¹; el estudio realizado hasta este momento (y el que está aún pendiente) sobre el principio de oportunidad no puede más que confirmar esta aseveración, pues la práctica judicial jurídico discrecional que reclama la aplicación del principio-excepción y sobre la que hemos enfatizado en el apartado anterior está enteramente condicionada por los valores constitucionales (en especial por la dogmática de los derechos fundamentales y la posibilidad de imponerle límites, lo que la jurisdicción constitucional intenta con ayuda del principio de proporcionalidad). El aplicador del derecho ya no tendrá solamente que operar con el modelo lógico-formal haciendo el ejercicio de subsunción entre el supuesto de hecho y la norma, sino que también tendrá que incorporar en su actividad la lógica de lo razonable cuando ésta sea necesaria para la toma de la decisión en y frente al caso concreto⁴². El Código de Procedimiento Penal ha hecho expresa referencia a lo anterior en el artículo 27 cuando entre otras cosas afirma que en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de ponderación y legalidad, esto es, el legislador reconoce expresamente además de la validez del principio de legalidad la posibilidad de hacer ejercicios de ponderación propios de la lógica de lo razonable y que reclamamos en sede del principio de oportunidad.

Para aclarar lo anterior resulta necesario diferenciar entre las normas que tienen estructura de regla y las que tienen estructura de principio (sin perjuicio de la existencia de normas iusfundamentales de carácter doble⁴³). Mientras las primeras suponen un alto grado de determinación en virtud de la estructura condicional hipotética propia de la mayoría de las normas del ordenamiento, las segundas son mandatos de optimización de mayor jerarquía, preceptos especiales que exigen obtener concordancia práctica⁴⁴ como, por ejemplo, los derechos fundamentales. Los principios “se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también

Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie”, *NSiZ*, 1991, p. 114. Nos parece conveniente resaltar la apreciación de GUERRERO PERALTA (*Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005) respecto de que el modelo angloamericano no conoce en sentido estricto el principio de oportunidad, “lo que conoce es la discrecionalidad del fiscal para promover la acusación, en virtud de la inexistencia del principio de legalidad” (p. 142).

41 Cfr. al respecto en detalle BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, cit., pp. 222 y s.; sobre el particular ALEXY (*Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Madrid, 2001) afirma: “La constitucionalidad material afecta directamente a los tres poderes públicos. Como consecuencia, la jurisdicción ordinaria está expuesta a una constitucionalidad indirecta o formal, que resulta del hecho de que toda aplicación errada del derecho constituye una vulneración de la vinculación a la ley y al derecho” (p. 88); sobre la controversia acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de control constitucional de los tipos penales y de las penas, BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 115 y ss.

42 Cfr. BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. Ob. cit., pp. 234 y ss.

43 ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2001, p. 135.

44 Cfr. ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, 2003, quien a la vez remite en nota 94 (p. 77) a HESSE y en nota 95 (p. 77) a algunas sentencias del Tribunal Constitucional alemán.

de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos⁴⁵. El aplicador del derecho tendrá entonces dos categorías y, en consecuencia, dos modelos de aplicación del derecho, los cuales irradiarán y condicionarán la actividad judicial. Se deberá determinar claramente ante qué clase de normas se está en el caso concreto, pues si se trata de unas que tiene estructura de principio ya no bastará con el ejercicio de subsunción (propio de la regla), sino que habrá que tener en cuenta el criterio de la ponderación para resolver las posibles colisiones en el supuesto de hecho en particular. Como afirma ALEXY: “En el amplio mundo de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia⁴⁶, y esto por medio de la “ley de la ponderación⁴⁷ de acuerdo con la cual “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro [...] La ley de la ponderación [...] pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos⁴⁸”.

Así las cosas, para la aplicación del principio de oportunidad habrá que tener en cuenta en el caso concreto ante qué clase de normas se está, pues cuando ésta sea una con estructura de principio será imprescindible el ejercicio de ponderación por parte del fiscal para garantizar así la adecuada protección de los derechos fundamentales; “los beneficios que en un caso concreto implique la renuncia al ejercicio de la acción penal deberán justificar los perjuicios que ello cause para la protección de los derechos fundamentales implicados en el caso concreto⁴⁹”.

4. Justificación y problemas del principio de oportunidad en el proceso penal

La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal se justifica de la mano de las desventajas de una aplicación estricta de la legalidad. En íntima relación con el “mal estado” de la legalidad en la práctica, como mencionamos en el apartado anterior, se argumenta que la indistinta persecución penal de todos los hechos puni-

45 Ibíd., p. 95.

46 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 133.

47 Ibíd., p. 161.

48 Ídem; también sobre la ponderación BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 95 y ss.

49 BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, cit., p. 281.

bles cometidos lleva a una “parálisis de la justicia”⁵⁰, y esto teniendo en cuenta que la capacidad estatal para la persecución penal siempre es limitada; la persecución “total” llevaría a una lentitud del trabajo de la fiscalía y de los tribunales proyectando la administración de justicia como ineficiente, destruyendo la confianza de los ciudadanos en ella y, por tanto, su legitimación⁵¹. Diferenciaciones entre aquello que, desde la perspectiva penal, es fundamental para la sociedad y aquello que no lo es parecen imposibles con una aplicación estricta de la legalidad⁵². En el principio de oportunidad se observa entonces una directriz del legislador para llegar a aquello fundamental para el derecho penal y el mecanismo de “descargo” de la administración de justicia, un aspecto también de la denominada economía procesal.

Los reparos que surgen frente al principio de oportunidad se dirigen principalmente a su supuesta incompatibilidad con los principios básicos del Estado de derecho, pues se parte de que esta idea de Estado sólo se puede desarrollar íntegramente cuando el autor de un hecho punible sea tratado penalmente de acuerdo a las normas vigentes, cumpliéndose así con el deber del Estado de proteger la seguridad de los ciudadanos y su confianza en el funcionamiento de las instituciones estatales. También se utilizan las formas de expresión constitucional de esta idea de Estado en particular para fundamentar este reparo.

En primer lugar se apunta a la contradicción entre el principio de oportunidad y el principio de igualdad ante la ley⁵³. ¿Cómo se puede garantizar dicha igualdad si al mismo tiempo se parte de la posibilidad de un tratamiento discriminatorio en el proceso penal? A esto se adicionan los cuestionamientos en relación con el principio de la división de poderes⁵⁴. Por lo menos en los países donde el organismo fiscal hace parte de la rama ejecutiva del poder público se repara en el desplazamiento de la competencia exclusiva para administrar justicia de la rama judicial a la ejecutiva⁵⁵, coexistiendo para la decisión entonces dos organismos independientes donde uno de ellos, en estricto sentido, no está facultado para administrar justicia. El principio de legalidad consagrado en la Constitución y en las normas penales, en especial como mandato de determinación, parece que tampoco se acata cuando a través de una deci-

50 WEIGEND. *Anklagepflicht und Ermessen*, p. 45.

51 HASSEMER. “Die ‘Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege’ - ein neuer Rechtsbegriff?”, en LÜDERSSEN (ed.), *V-Leute, Die Fälle im Rechtsstaat*, Frankfurt, 1985, pp. 71 y ss.; BAUMANN. *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 3.ª ed., Stuttgart, 1979, p. 49.

52 HERTZ. *Die Geschichte des Legalitätsprinzips*, Freiburg, 1935, p. 56.

53 Cfr. por ejemplo WILLMS. “Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip”, *JZ*, 1957, p. 465; WAGNER. “Zum Legalitätsprinzip!”, en *Libro del 45 Deutschen Juristentag*, Karlsruhe, 1964, pp. 173 y s.; POTT. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*, pp. 13 y ss.

54 Por ejemplo FALLER. *Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzip im Strafprozeß*, p. 85; HEYDEN. *Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzip und des Opportunitätsprinzip*, Winterthur, 1961, pp. 9 y s.; POTT. Ob. cit., pp. 11 y ss., 151 y s.

55 HASSEMER. *Legalität und Opportunität im Strafverfahren*, p. 531.

sión discrecional se desconocen las exigencias estrictas que el legislador ha establecido en la norma, las fronteras legales determinadas de la punibilidad. El mandato de elaborar solamente normas determinadas y de su estricta aplicación se contravendría con el reconocimiento del principio de oportunidad. El principio rector del derecho penal de la presunción de inocencia podría, de igual forma, verse lesionado cuando se archive el procedimiento por oportunidad, se reconozca alguna participación del inculpado y no haya manifestación alguna concreta acerca de su culpabilidad.

Después de la presentación que hasta aquí se ha hecho del principio de legalidad y del de oportunidad nos detendremos, en el apartado siguiente, en el esclarecimiento de la legitimación del principio excepción partiendo del punto de vista constitucional, confrontando la situación real del principio base y analizando los reparos que se han hecho a la coexistencia de estos dos. Más adelante se logrará la fundamentación y legitimación de estos dos principios, en especial del nuevo introducido, ahora desde la perspectiva teórico-penal.

IV. LEGITIMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

1. Límites al principio de legalidad desde la perspectiva constitucional

El cuestionamiento que se hizo anteriormente a la estricta aplicación del principio de legalidad es el punto de partida de su correcto entendimiento en la actualidad. Tanto el ejercicio discrecional inherente a la tarea de la administración de justicia, esto es, la práctica repetida del denominado acto hermenéutico de conjunto, como también el “mal estado” del principio de legalidad en la práctica ya aportan un primer fundamento orientador: una legalidad “pura” es una exigencia irreal que no puede llevarse íntegramente a la práctica. ¿Qué pasa entonces con su arraigo constitucional? ¿Existen tal vez límites constitucionales al deber de persecución penal?

Estos interrogantes fueron planteados recientemente por HORSTMANN, quien arriba a la conclusión de que el deber de persecución penal y su intensidad encuentran numerosos límites constitucionales que también fundamentan la *posibilidad* de su renuncia en determinadas situaciones. No se puede por esto, según este autor, reclamar la validez absoluta del principio de legalidad; por el contrario, éste puede ser objeto de excepciones⁵⁶, y éstas ya desde el tenor constitucional.

Tratándose, por ejemplo, del mandato del respeto de la dignidad humana –arts. 11 y ss. C. N.– y de su carácter superior dentro del sistema democrático, no puede haber

56 HORSTMANN. *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, p. 72.

duda acerca de la vinculación de la actividad estatal a este principio fundamental. Sin embargo, la determinación del significado de esta máxima y su posible lesión implica necesariamente su análisis en una época y situación concretas; hay eventos en los que la persecución penal “a costa de todo” puede exponerse al reproche de ir en contravía de este principio. Frente al Estado, el respeto de la dignidad humana se traduce en la prohibición de degradar a la persona a simple objeto de la actividad del soberano, de manera que cuando este deber se cumpla sin que se tenga en cuenta el contexto de sentido en el que se desarrolla, el fin que se persigue con su cumplimiento, se podrá estar atentando contra la dignidad de la persona. Por ejemplo, si se impone una pena perpetua privativa de la libertad no se le da a la persona una posibilidad efectiva de poder recuperar la libertad en el futuro; la persona pierde, por así decirlo, la esperanza de volver a ser libre; la falta de garantías para una defensa adecuada o la poca probabilidad de sobrevivir el final de un proceso penal también pueden tenerse como circunstancias contrarias al respeto de la dignidad de la persona⁵⁷.

Desde el principio de proporcionalidad también se puede argumentar en favor de una limitación del deber de persecución penal⁵⁸. Una norma de derecho penal que atente contra el principio de proporcionalidad no puede ser parte integrante del ordenamiento constitucional. La necesidad de que el objetivo que se persigue con el actuar estatal esté en relación razonable con las consecuencias que se derivan de él frente a bienes jurídicos constitucionales, puede ser el argumento para una limitación tal. En el proceso penal este mandato cobra importancia teniendo en cuenta que, a nivel procesal, se busca la realización de los fines estatales consagrados constitucionalmente y en las normas del derecho penal material. El aseguramiento de las condiciones necesarias para la supervivencia en comunidad, fin supremo de la potestad punitiva del Estado, que se logra a través de la restauración de la paz jurídica menoscabada con el hecho, ya no será necesario cuando el acontecimiento precisamente no afecte en absoluto el estado de paz en derecho y cuando éste tampoco sea asumido por la sociedad como algo atentatorio de dicho estado. En este evento, la estricta persecución penal resulta entonces desproporcional, algo que ya se maneja en la doctrina del derecho penal, por ejemplo, tratándose de los delitos bagatela; asimismo en aquellos casos en los que no existe un interés general de sanción o cuando ante el hecho cometido no se pueda hacer el reproche de culpabilidad. Entonces, un estricto entendimiento del deber de persecución penal sería, en estos casos, un atentado contra el principio de proporcionalidad⁵⁹: “en desarrollo del deber de respeto por los derechos puede

57 *Ibid.*, pp. 64 y s., con otras remisiones.

58 Así por ejemplo BOHNERT. *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalt*, p. 105; KAPAHNKE. *Opportunität und Legalität im Strafverfahren*, p. 116; POTT. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*, p. 53; GEPPERT. *Das Legalitätsprinzip*, p. 149.

59 La verdad es que se puede que legitime la limitación del principio de legalidad. Los que niegan esta posibilidad (entre otros RIEß. de discutir si el principio de proporcionalidad tiene un rango constitucional tal “Legalität – Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit, Über die Grenzen von Strafverfolgungsverzicht

resultar desproporcionado el adelantamiento de la acción penal. Inclusive, puede resultar lesivo de intereses constitucionales básicos y por lo mismo inconveniente”⁶⁰. El principio de proporcionalidad y otras de sus expresiones, como la prohibición de excesos, también conforman el andamiaje del ordenamiento procesal actual. Partiendo de estas premisas, la integración de la proporcionalidad puede e, incluso bajo determinadas condiciones, debe llevar a una dosificación del principio de legalidad, sin que por esto se tengan reparos desde la perspectiva constitucional⁶¹. “El Estado no debe ni puede reaccionar de forma esquemática a toda lesión de la norma, sino que debe utilizar los medios adecuados para lograr el fin perseguido [...] La prohibición de excesos reclama una ponderación y, con ello, se encuentra en contra de un deber de persecución estricto libre de valoraciones”⁶².

También desde la perspectiva constitucional se encuentra una “justificación” de lo que arriba denominamos “mal estado” del principio de legalidad en la práctica. A pesar del deber del Estado de garantizar a todos los ciudadanos una correcta administración de justicia –y que además implica necesariamente que todos los hechos punibles conocidos sean investigados, esto es, el mismo deber de persecución penal–, existen barreras fácticas infranqueables; esto ha llevado a que se considere la *efectividad* de la administración de justicia también como criterio vinculante de la actividad estatal y, entonces, como máxima perteneciente a la idea de Estado de derecho. Ya que el Estado está llamado a la creación y mantenimiento de un aparato judicial eficaz, él no está obligado a perseguir penalmente cuando para ello no cuente con los medios necesarios, esto es, cuando en el logro de dicho objetivo la justicia se asfixie en su tarea⁶³. Por tanto, la existencia de una administración de justicia que de verdad funcione sólo será posible hoy en día cuando el Estado actúe de forma selectiva en el ejercicio de su poder punitivo⁶⁴. El principio de legalidad “ideal” encuentra límites constitucionales que devienen de la propia capacidad o incapacidad del Estado.

2. La legalidad y la oportunidad en el sistema constitucional

Después de haber concluido que el principio de legalidad admite estas “limitantes”

und Strafverfolgungsverschärfung zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens”, en *Libro homenaje a H. Dünnebiel*, Berlin et ál., 1982, p. 156; KREY y PFÖHLER. “Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes”, *NStZ*, 1985, p. 150, y HORSTMANN. *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, p. 68, llaman la atención acerca del peligro de minar políticamente la autoridad de un principio especialmente legitimado como es el de legalidad, de la mano de uno mucho más general en el que juega papel importante la “simple” ponderación de intereses.

60 BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, cit., p. 192.

61 HORSTMANN. *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, pp. 62 y ss., 69.

62 KAPAHNKE. *Opportunität und Legalität im Strafverfahren*, p. 72.

63 DÖHRING. *Ist das Verfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?*, Frankfurt, 1999, p. 38; también ZIPF. *Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip*, p. 498.

64 WEIGEND. “Das ‘Opportunitätsprinzip’ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz”, *ZStW* 109, 1997, p. 105.

constitucionales, resulta importante determinar cuáles son las condiciones –también constitucionales y de teoría del Estado– de su coexistencia con el principio oportunidad. Cuando hablamos de coexistencia presuponemos la aceptación de los dos principios, por lo que en adelante se aclarará si con la introducción del principio de oportunidad acaece, por así decirlo, un “desplazamiento” del principio de legalidad, y si de verdad se puede afirmar que con ello se atenta contra las exigencias que plantea la idea del Estado de derecho.

Una apreciación tan abstracta como la anterior despierta de entrada algunas dudas. ¿Será que la idea de Estado de derecho como atributo general del estado jurídico de una comunidad puede ofrecer pautas para medir la constitucionalidad de una regulación concreta? KUNIG considera en este sentido que esta idea no existe como pauta constitucional general abstracta con la cual se puedan hacer juicios de valoración en concreto; para él, por el contrario, “todos los problemas de regulaciones cuya solución se busca en la idea de Estado de derecho” encuentran “una solución concreta a través de las consagraciones constitucionales en particular”⁶⁵. Los problemas constitucionales deben enfrentarse preferentemente con la ayuda de las normas constitucionales concretas y no a partir de ideas y principios abstractos generales. Además se debe tener en cuenta que esta idea de Estado persigue hoy en día otros objetivos que van más allá de la reivindicación tradicional de seguridad jurídica. Por lo anterior, intentaremos enfrentar algunos de los reparos contra la introducción del principio de oportunidad tomando como punto de partida ciertos elementos en particular de esta idea de Estado⁶⁶.

En primer lugar y partiendo en general del deber del Estado de administrar justicia y del deber de persecución penal, se plantea la cuestión entonces de si el Estado está llamado al mantenimiento de la legalidad “a costa de todo” o si, por el contrario, se puede hacer “concesiones” por medio de la oportunidad. Es especialmente WEIGEND quien, ocupándose del tema, llega a la conclusión de que de este deber estatal no se deduce el carácter irrenunciable del principio de legalidad; así este autor: “El mandato de garantizar la protección jurídica no se lesiona cuando la apertura de un proceso judicial se hace depender de la decisión discrecional de un organismo judicial, además cuando la discrecionalidad está vinculada a criterios jurídicos y la decisión puede ser revisada judicialmente”⁶⁷. Legalidad y oportunidad son principios con el mismo rango constitucional; si bien el legislador ha aportado un sistema jurídico complejo en el que la legalidad conforma la base del sistema, no es menos cierto que ha dotado a la administración de justicia de algunos mecanismos para la toma de decisiones discrecionales, sin olvidar por supuesto que ya el deber de los órganos de la administración de justicia de tomar la decisión frente al caso objeto de análisis trae consigo

65 KUNIG. *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, p. 458.

66 Igualmente ERB. *Legalität und Opportunität*, pp. 95 y ss.

67 WEIGEND. *Anklagepflicht und Ermessen*, p. 67.

un elemento de discrecionalidad. Además la consagración de la oportunidad como principio excepción deja claro que no se trata de una posibilidad ilimitada, sino que por el contrario este principio sólo operará en los casos previstos por el legislador, esto es, se trata de una oportunidad *reglada*⁶⁸.

En segundo lugar, bajo la óptica de la garantía de la seguridad y paz jurídicas tampoco se puede hablar de un desplazamiento del principio de legalidad. Aun cuando se reclame la necesidad de la búsqueda de la verdad a través del proceso penal, no se debe perder de vista, como lo pone de manifiesto GEPPERT, que esta garantía se puede cumplir también cuando se renuncie a la ejecución absoluta del deber punitivo estatal⁶⁹. La seguridad jurídica como función del proceso se alcanzará cuando el derecho penal responda a las situaciones político-criminales importantes para una sociedad en un momento determinado y se deje, así, por fuera aquellas que por no revestir un significado notable sólo conducen a la merma de la capacidad de rendimiento de la administración de justicia y a su deslegitimación⁷⁰. Lo mismo tiene validez tratándose de la necesidad de alcanzar la justicia material en el caso concreto; si bien aquí ya no se trata de una idea de derecho formal o de justicia abstracta⁷¹, precisamente porque se tiene en cuenta las particularidades de una situación determinada, resulta poco conveniente hacer depender el justo tratamiento de la persecución penal absoluta. Es innegable que un estricto entendimiento del deber de persecución garantiza en gran medida la justicia abstracta; esto no es, sin embargo, una condición imprescindible para su logro, pues “tratándose de la aplicación de las normas de oportunidad se trata sobre todo de una individualización de la búsqueda del derecho y de la realización de la justicia en cada caso”⁷².

Ahora desde la perspectiva del principio de igualdad ante la ley, al que ya se hizo mención como expresión de la idea de Estado de derecho y en cuyo desarrollo participa directamente el principio de legalidad, tampoco puede verse la oportunidad como una amenaza, pues este mandato constitucional sólo se lesionará cuando se trate de forma desigual a “iguales” y no exista para esto un motivo racional que justifique un tratamiento diferenciado, es decir, cuando el tratamiento sea arbitrario. La igualdad ante la ley no debe entenderse entonces, desde el proceso penal, como la necesidad de perseguir sin excepciones todos los hechos punibles, sino como la prohibición de tomar la decisión sobre la persecución de manera arbitraria⁷³ y, podría decirse, como

68 Cfr. CABAÑAS GARCÍA. “El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada”, *RDP* 1991-2, p. 266.

69 GEPPERT. *Das Legalitätsprinzip*, p. 139.

70 También es ese sentido PETERS. *Strafprozeß*, 4.ª ed., Heidelberg, 1985, p. 11.

71 POTT. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*, p. 54.

72 AULINGER. *Rechtsgleichheit und Rechtswirklichkeit bei der Strafverfolgung von Drogenkonsumenten: Die Anwendung von § 31a BtMG im Kontext anderer Einstellungsvorschriften; Endbericht eines Forschungsprojekts der Kriminologischen Zentralstelle Wiesbaden e.V.*, Baden-Baden, 1997, p. 70.

la prohibición de un tratamiento igualitario cuando existan diferencias fundadas⁷⁴. En el momento de la persecución penal el Estado no se encuentra atado sin más al principio de legalidad, más bien al legislador se le otorga la facultad de regular la actividad persecutoria de manera diferenciada⁷⁵ siempre que con ello se persiga un fin constitucional determinado, que el tratamiento diferenciado se oriente a criterios racionales y que se respete la prohibición de arbitrio⁷⁶. Una decisión por oportunidad no sólo no se encuentra en contravía con este principio, sino que además puede aportar criterios para su efectiva realización⁷⁷. El aporte consistirá ya no en el análisis del supuesto de hecho utilizando una fórmula estricta, sino de la mano de una consideración discrecional en la que se indague la igualdad inserta en el caso concreto. Entonces puede afirmarse que tanto el principio de legalidad como el de oportunidad son criterios que participan –cada uno desde una especial perspectiva– en el desarrollo del principio de igualdad ante la ley. Como lo afirman BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, “la igualdad, en el Estado social de derecho, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí –las que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad– de aquéllas que son diversas, pues respecto de estas últimas la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego [...] sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes”⁷⁸.

Como cuarto aspecto se debe mencionar los reparos frente al principio de la división de poderes y que cobran especial importancia en los sistemas procesales penales en los que la fiscalía actúa dentro de la órbita del poder ejecutivo del Estado. Aquí se afirma que cualquier decisión por oportunidad de este órgano lesionaría este principio, pues se estaría dando un desplazamiento de la competencia para la administración de justicia desde la rama judicial a la ejecutiva. En el caso colombiano este reparo no parece tener consecuencias importantes; de acuerdo al tenor constitucional la Fiscalía General de la Nación es también integrante de la rama judicial del poder público⁷⁹. ERB ha llamado la atención acerca del posible desplazamiento de funciones, ya no desde la

73 GÖSSEL. “Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtstaatlichen Strafverfahren”, en *Libro homenaje a H. Dünnebier*, Berlin, 1982, p. 127.

74 LEIBHOLZ. *Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª ed., München y Berlin, 1959, pp. 38 y ss.; KLOEPFER. *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlin, 1980, p. 14.

75 Sobre la vinculación del legislador al principio de igualdad MAUNZ y ZIPPÉLIUS. *Deutsches Staatsrecht*, 30.ª ed., München, 1998, p. 215.

76 Sobre las condiciones para un trato diferencia BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, cit., pp. 39 y ss.

77 WEIGEND. *Anklagepflicht und Ermessen*, p. 76; al respecto críticamente HORSTMANN. *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, pp. 61 y s.; ERB. *Legalität und Opportunität*, pp. 98 y ss.

78 BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. Ob. cit., p. 40.

79 Cfr. CRUZ BOLÍVAR. “El principio de unidad de gestión y jerarquía en la Fiscalía en el Acto Legislativo 03 de 2002”, en *Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*, Bogotá, 2003, pp. 121 y ss.

rama judicial a la ejecutiva sino desde la legislativa hacia los órganos encargados de la administración de justicia, pues de acuerdo al entendimiento del autor acerca de la preponderancia de la discrecionalidad, cualquier renuncia que haga el legislador a la expresa consagración de, por ejemplo, condiciones de punibilidad y que abra paso a la actividad de ponderación, implica necesariamente una delegación de competencias hacia el aplicador del derecho⁸⁰. Este punto de vista desemboca en una visión general, esto es, extensiva a todos los ámbitos jurídicos, ya no exclusiva para el derecho penal y que es aceptada y practicada hoy en día. El ejercicio de la potestad punitiva del Estado es entonces, aun cuando se utilicen criterios de oportunidad, el cumplimiento de las pautas que el legislador ha instaurado y a través de las cuales se ha regulado la intervención estatal en la vida de los ciudadanos. Con una decisión de oportunidad no se pone en duda la “impermeabilidad” de la esfera jurídica del ciudadano; por el contrario, con ella se puede desarrollar en estricto sentido el marco de protección consagrado en la norma general.

En quinto lugar, respecto al posible desconocimiento de las exigencias establecidas por el legislador, esto es, de la vulneración del mandato de determinación de la ley a través de la aplicación del principio de oportunidad, se puede afirmar lo siguiente: una decisión por oportunidad no atenta contra el mandato de determinación de las leyes; las conductas que el legislador ha sancionado en las normas penales y las exigencias de su punibilidad nunca se modifican o fundamentan nuevamente en el momento de su aplicación. *Desde la perspectiva del principio de oportunidad* el aplicador del derecho resuelve solamente acerca de la persecución o no del hecho delictivo, y no acerca de su existencia y subsunción en un tipo penal determinado; él sigue, por esto, sujeto a la determinación –hecha por el legislador– de la ley. La decisión por oportunidad no pone en cuestión de forma global el mandato de determinación, por el contrario, lo armoniza con las demás normas penales. Exigir un máximo de determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa⁸¹. Las fronteras de aplicación del principio de oportunidad también están *determinadas* en las normas de derecho procesal, y esto en la medida de rigurosidad propia del ámbito procesal; “Si no se quiere que las normas jurídico-penales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema”⁸².

El escepticismo en la recepción del principio de oportunidad se apoya también en las posibles influencias políticas sobre las decisiones de la fiscalía⁸³. Por esto, se afirma la conveniencia de un entendimiento estricto del principio de legalidad, de lo contrario

80 ERB. *Legalität und Opportunität*, pp. 104 y ss.

81 JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 79.

82 *Ibid.*, p. 103.

83 Cfr. por ejemplo LOBE. “Zur Reform des Strafprozesses”, *GS* 96, 1928, pp. 38 y s.; WAGNER. “Staatschutz – Staatsraison – Rechtsstaat”, *ZStW* 75, 1963, pp. 405 y ss.; HERTZ. *Die Geschichte des Legalitätsprinzips*, pp. 29 y ss.

se correría el riesgo de una “justicia de clases”⁸⁴. Este entendimiento contribuiría a evitar que el trabajo de la fiscalía se vea influido directamente por algún tipo de presiones políticas, las cuales, en países en los que la administración de justicia no ha alcanzado un grado de independencia total, pueden deslegitimar el papel monopólico del Estado en este ámbito. Entonces estos peligros deben ser menguados de la mejor forma posible; la estricta aplicación del principio de legalidad se considera como el mecanismo apto para lograr este objetivo. Ante esto hay que decir que aun cuando se defienda y aplique una legalidad estricta no podrá desecharse de plano la posibilidad de influencias políticas. Ya una ojeada a la estructura jerárquica del órgano investigador deja al descubierto que éste desarrolla sus funciones preponderantemente de acuerdo a indicaciones internas, lo que no nos impide afirmar que la conducción política de la administración de justicia es ya casi una parte integrante del programa del derecho penal moderno⁸⁵. Por esto, querer mantener la independencia de la potestad punitiva del Estado utilizando el estricto deber de persecución penal es, según nuestra opinión, algo bastante ilusorio: “es bastante idealista creer [...] que a través de una simple regulación positiva del principio de legalidad el fiscal será conminado a abandonar eventuales motivos subjetivos e influencias”⁸⁶. No obstante, con esto no se quiere justificar este tipo de influencias en el sistema jurídico; lo que se busca es dejar claro que ni el principio de legalidad en su concepción más estricta ni la posibilidad de aplicación de normas de oportunidad puede escapar a la íntima relación entre el sistema jurídico y el sistema político⁸⁷. En verdad, los mecanismos que subyacen a la aplicación del principio de oportunidad serán utilizados seguramente más racionalmente en los países en los que la administración de justicia cuenta con una mejor infraestructura y entonces con mayor legitimación frente a la población; no por esto, sin embargo, se podrá afirmar su inconveniencia en realidades como la colombiana, pues o bien intentamos solucionar también con estos mecanismos nuestros problemas –incluidos los de legitimación– o seguiremos lamentándonos eternamente. Creemos que una correcta aplicación de los medios aportados por el nuevo ordenamiento procesal penal puede responder a muchas de las necesidades que precisamente hoy en día ponen en tela de juicio el trabajo de los órganos encargados de administrar justicia; a la tarea del derecho penal moderno también pertenece el dirigir procesos sociales a través de la persecución penal especialmente orientada y, así, dar respuestas prontas a las nuevas situaciones de conflicto social. El estricto entendimiento de la persecución penal en el sentido del principio de legalidad opacaría la flexibilidad necesaria para responder a las situaciones político criminales modernas. Además a

84 En WEIGEND. *Anklagepflicht und Ermessen*, p. 64.

85 POTT. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*, p. 113.

86 WEIGEND. Ob. cit., p. 64.

87 Acerca de esta íntima relación y en aplicación a un caso concreto (los procesos de amnistía) PERDOMO TORRES. “Justicia penal internacional y amnistía”, en E. MONTEALEGRE LYNETT (ed.). *Anuario de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 385 y ss.

todo lo anterior puede agregarse un sinnúmero de ventajas prácticas de la oportunidad –por ejemplo, selección flexible de hechos penalmente relevantes atendiendo a aspectos político criminales concretos, efectividad y agilidad de la tarea de impartir justicia, la posibilidad de ponderación de fines, fácil mantenimiento de la población en la creencia de la validez absoluta del derecho⁸⁸, etc.–; sin embargo, como espero hayamos podido demostrar, la oportunidad es un principio de rango constitucional que ilumina toda la actividad procesal penal.

Recapitulando, no se puede afirmar que el principio de legalidad es desplazado a un segundo plano en el nuevo ordenamiento constitucional y procesal penal. Éste sigue siendo más bien el pilar fundamental del Estado de derecho, “él aún no está maduro para capitular”⁸⁹; con esto, como debe haber quedado claro, no se niega la posibilidad de su coexistencia –y esto en una relación de complemento– con otros principios que también buscan desarrollar adecuadamente los objetivos del Estado constitucional. El análisis precedente demostró que la aplicación del principio de oportunidad en materia procesal penal y su correlación con la legalidad no son algo así como un “cuerpo extraño” en el sistema constitucional colombiano; por el contrario, esta dicotomía es una inserta en los principios que emanan de la idea del Estado de derecho y que, por esto, reclaman una moderna aplicación *en y frente* al caso concreto. Esta interpretación responde en mayor o en menor medida a la investigación acerca de la idea de Estado de derecho realizada por KUNIG. Para este autor esta idea puede reconducirse a tres principios: seguridad en y a través del derecho, la necesidad de eficiencia estatal y la garantía de la justicia en el caso concreto⁹⁰. Estas tres características son en definitiva los componentes del Estado moderno, de manera que no se puede afirmar la prevalencia absoluta de una respecto de la otra; antes bien, toda organización estatal moderna que busque la realización de sus principios a través del ejercicio de la potestad punitiva del Estado debe lograr su equilibrio cuando ellos –aparentemente– entren en contradicción. Si se parte, entonces, de esta pluridimensionalidad de la idea de Estado de derecho no parece conveniente querer ver en la dicotomía legalidad-oportunidad una amenaza a la juridicidad estatal; ésta es más bien el reflejo de las finalidades del Estado de derecho. Estas consecuencias plantean exigencias claras a la actividad de la administración de justicia. La relación entre legalidad y oportunidad se debe configurar de tal manera que ninguna de ellas se vea “menospreciada” y tampoco, cuando no proceda, “sobrealorada”.

El que la necesidad de reforma de la justicia procesal penal llevase a la incorporación del principio de oportunidad a nivel constitucional y, en consecuencia, el que la discusión hoy en día en Colombia haya llegado a este punto nos parece la consecuencia del desarrollo adecuado de los postulados liberales, sociales, etc., introducidos por la

88 POPITZ. *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, pp. 19 y ss.

89 WEIGEND. *Anklagepflicht und Ermessen*, p. 14.

90 KUNIG. *Das Rechtsstaatsprinzip*, pp. 225 y s.

Constitución de 1991⁹¹. La fuerza normativa de la “norma de normas” y el desarrollo de sus principios a través del máximo tribunal constitucional colombiano en estos 14 años han evidenciado lo importante que resulta el mantenimiento de los principios liberales, dentro de los cuales la idea de la legalidad siempre ha ocupado un papel preponderante. Los “mecanismos de seguridad” del talante liberal del ordenamiento de un país se deben defender a costa de todo y utilizar adecuadamente tan pronto cuando se perciba su amenaza. Sin embargo, la madurez constitucional alcanzada en Colombia en estos años también permite hoy en día razonar *en y a través* de la Constitución acerca de una visión quizás unilateral y vetusta del aseguramiento de la libertad; la justicia, la seguridad jurídica, etc. se pueden alcanzar igualmente con la perspectiva pluridimensional a la que hicimos alusión anteriormente.

En lo que concierne al derecho penal y sus principios orientadores, muy seguramente habrá lugar a interrogantes, por ejemplo en relación con el posible desbordamiento de la punibilidad de la mano de herramientas ya no “tan liberales”⁹² como las otorgadas por el principio de oportunidad y, así, referidos a la lesión del principio de la *ultima ratio* del derecho penal. Aparte de que cualquier consideración al respecto no deja de ser más que una simple especulación –la oportunidad puede servir también para limitar la intervención estatal, y esto es más resultado de la política criminal de un país que de una exigencia teórica–, no queremos participar aquí de la doble moral que en muchas ocasiones invade a la dogmática penal y que la lleva a predicar “de labios para afuera” la criminalización moderada de comportamientos, en consecuencia, un distanciamiento de los conflictos sociales “secundarios” y la imposición de la pena como “último forma” de reacción estatal; al fin de cuentas ante una consideración tan general nunca se podrá tener certeza acerca de la intensidad del efecto que conlleva una pena cualquiera que sea, y lo más importante, ¡cada sociedad se da el derecho penal que ella necesita!⁹³.

Creemos haber aclarado hasta aquí la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad desde la perspectiva constitucional y de teoría del Estado; a continuación lo haremos ya desde los fundamentos materiales y de legitimación del derecho penal, pues sólo cuando –también, y seguramente ante el escepticismo de los prácticos, teóricamente– el principio de oportunidad encuentre un “lugar digno” en la teoría del derecho penal, éste podrá defender su legitimación sin exponerse a reproche alguno.

91 Acertadamente URBANO MARTÍNEZ. “El principio de oportunidad”, en *Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*, Bogotá, 2003, p. 93.

92 Cfr. CALLIES. “Strafzwecke und Strafrecht”, *NJW*, 1989, pp. 1338 y ss.; NAUCKE. “Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik”, *JuS*, 1989, pp. 862 y ss.; POTT. *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO*, pp. 139 y ss.

93 SCHMIDT-JORTZIG (“Grenzen der staatlichen Strafgewalt”, en *Libro en conmemoración de los 50 años del tribunal federal constitucional*, II, Tübingen, 2001, pp. 505 y ss.) afirma acertadamente que la fórmula de la *ultima ratio* se considera demasiado en un primer plano y de forma poco diferenciada. “El sentido político-jurídico no debe confundirse con la necesidad jurídico-constitucional” (p. 509).

Como lo puso de manifiesto SILVA SÁNCHEZ: “realizar trabajos dogmáticos sirviéndose del método más moderno no sólo no es incompatible con la obtención de resultados prácticos, sino que precisamente lo uno y lo otro se hallan en perfecta sintonía. Pocas veces resulta tan cierta la máxima clásica *nulla praxis sine theoria*”⁹⁴.

3. Los principios de legalidad y oportunidad desde la perspectiva teórico-penal

Para la legitimación de los principios de legalidad y oportunidad desde una perspectiva íntegramente penal lo más aconsejable es partir de los motivos que el Estado tiene para imponer una pena.

a. El principio de legalidad y las teorías absolutas de la pena

Es casi opinión generalizada que las *teorías absolutas* de la pena responden en gran medida a las exigencias del principio de legalidad en materia procesal penal. Un estricto entendimiento de este principio parece efectivamente ser inmanente a los presupuestos de estas teorías. Según ellas, todas las transgresiones de las normas penales deben ser perseguidas por el Estado también en interés de alcanzar la “justicia absoluta”⁹⁵. Según KANT no se pena al delincuente para procurar a los otros bienestar, sino porque se ha delinquido; “El hombre no es una cosa y, por tanto, no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido como un fin en sí mismo”⁹⁶. Es decir, la pena no sólo se impone porque se ha delinquido; el logro de la justicia es también función de la pena, el restablecimiento del orden perturbado por el hecho⁹⁷, y esto de forma indefectible e incondicional a causa de la razón. Así KANT en la *Metafísica de las costumbres*: “El derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto de aquel que le está sometido, de imponerle una pena por su delito [...] La pena *judicial* (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*) [...] no puede servir solamente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*) [...] Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categórico, y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de

94 SILVA SÁNCHEZ. Prólogo a RAGUÉS I VALLÈS. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 16; en ese sentido también PÉREZ PINZÓN. “Principios generales del proceso penal”, en *Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 20.

95 KAPAHNKE. *Opportunität und Legalität im Strafverfahren*, p. 2.

96 KANT. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785 (citada según la ed. de KRAFT y SCHÖNECKER, Hamburg, 1999), p. 52.

97 Cfr. LESCH. *La función de la pena*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA (trad.), Bogotá, 1999, pp. 21 y s.

la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica ‘es mejor que *un* hombre muera a que perezca todo el pueblo’! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra”⁹⁸.

Para HEGEL la justicia es también el punto de partida, y esto queda evidenciado en la crítica que el filósofo alemán hace a las teorías preventivas: “En las diferentes teorías sobre la pena –la teoría de la prevención, de la intimidación, de la amenaza, de la corrección, etc.– este carácter superficial de un *mal* se presupone como lo primero, y lo que, por el contrario, debe resultar se determina asimismo de forma superficial como un *bien*. Sin embargo no se trata solamente ni de un *mal*, ni de hacer este o el otro bien, sino, precisamente, de lo *injusto* y de la *justicia*. Con aquel punto de vista superficial, empero, se deja al margen la consideración objetiva de la *justicia*, que es el punto de vista primero y sustancial en el delito”⁹⁹. La fundamentación de la pena en HEGEL parte de la lesión del derecho por parte del autor –la voluntad individual–, esto es, de la lesión de la voluntad universal; la pena se observa entonces en relación con el *concepto* del delito¹⁰⁰, en relación con “la vulneración del derecho en cuanto derecho”¹⁰¹. El autor niega con el hecho dicha voluntad, por lo que esta negación debe ser también negada y así restablecer el derecho; desde el aspecto negativo de la retribución¹⁰² “la pena es la negación de la negación”¹⁰³, es la réplica del Estado a la perturbación a través del delito. La eliminación de lo injusto implica “la exigencia de una justicia liberada del interés subjetivo y de su forma subjetiva, así como de la contingencia del poder, por tanto no *vengativa* sino *punitiva*”¹⁰⁴. El Estado es entonces el titular del poder punitivo, y este debe ejercerse independientemente de cualquier acuerdo privado; “Donde los delitos no son perseguidos y castigados como *crimina publica* sino como *privata* (como entre los judíos, entre los romanos el hurto y el robo, todavía algún caso entre los ingleses, etcétera) la pena conserva todavía en sí por lo menos una parte de venganza”¹⁰⁵.

Se trata entonces tanto en KANT como en HEGEL de la realización de la justicia, de

98 KANT. *Metafísica de las costumbres* (1797), ADELA CORTINA ORTS y JESÚS CONILL SANCHO (trads.), 3.ª ed., Madrid, 2002, pp. 165 y ss.

99 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho* (1821), CARLOS DÍAZ (trad.), Madrid, 1993, § 99, anotación, p. 346.

100 Sobre la diferenciación entre la existencia y el concepto de delito LESCH. *La función de la pena*, p. 25 y ss.

101 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, § 99, anotación, p. 348.

102 Acerca del doble significado (positivo y negativo) de la retribución en HEGEL, LESCH. Ob. cit., pp. 28 y ss.

103 HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en obras en 20 tomos, t. 7, 6.ª ed., EVA MOLDENHAUER y KARL MARKUS MICHEL (eds.), Frankfurt, 2000, § 97, adición, p. 186.

104 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, § 103, p. 362.

105 *Ibid.*, § 102, anotación, p. 360.

modo que sus mandatos deben de cumplirse *necesariamente*. La imposición de la pena al autor y el restablecimiento del orden perturbado con el hecho punible son, por esto, mandatos de la justicia.

Así las cosas, el principio de legalidad encuentra una fundamentación sólida, y que corresponde con el talante liberal imperante en el desarrollo del derecho penal en los últimos doscientos años, en las denominadas teorías absolutas de la pena de tradición kantiana y hegeliana. El autor debe ser penado, entonces, para compensar el daño causado con el hecho, en definitiva, porque se debe restablecer el orden perturbado con el hecho punible. El Estado está conminado a perseguir todos los hechos punibles –*punitur quia peccatum est*– sin que, por esto, haya espacio para consideraciones acerca de finalidades, esto es, excepciones al principio de legalidad; la justicia sólo puede ser alcanzada cuando todo hecho sea retribuido y cuando se oriente así la actividad del Estado a la persecución estricta de los atentados al orden perturbado. Entonces no hay lugar a cuestionamientos acerca de la posible renuncia –y aunque sea en casos esporádicos– al principio de legalidad.

b. ¿Cuál es la teoría de la pena deseable en el Estado moderno?

No obstante, lo anterior no nos impide plantear algunos interrogantes frente a la función de la pena estatal en el Estado moderno y, como veremos, encontrar la solución misma desde las bases teóricas de estas vertientes. El fenómeno de la criminalidad ha alcanzado un grado de complejidad tal que nos obliga a ser muy cuidadosos en el momento de afirmar la vigencia de conceptos que evidentemente fueron pilar fundamental del derecho penal en otro momento de su evolución y que respondieron a las necesidades de una realidad social muy distinta a la actual. La legitimación y la configuración concreta del principio de legalidad y de la idea del Estado de derecho en la que él se inserta están íntimamente relacionadas con las cuestiones históricas de la actividad de la administración de justicia; este principio no puede considerarse hoy en día de forma aislada, por el contrario, él obtendrá su significado legítimo cuando se sitúe dentro del complejo sistema de respuesta punitiva estatal y su marco constitucional, como esperamos haber demostrado arriba.

A menudo se escucha la frase retórica de que el derecho penal de la retribución ha perdido razón de ser en el Estado moderno, de que él ha sido superado y reemplazado por un Derecho penal preventivo propio de las teorías relativas de la pena y más acorde a la realidad actual. Efectivamente, los ordenamientos penales actuales insertan como fines de la pena muchas consideraciones de carácter preventivo (arts. 3.º y 4.º C. P.), reconociéndose así una “necesidad” en el Estado; no por esto se puede decir que ellos abandonan los principios fundamentales, la columna vertebral del derecho penal liberal; la mejor prueba de esto entre nosotros es el reconocimiento constitucional de la legalidad como principio base y la consagración de la “retribución justa” en el Código Penal colombiano como uno de los fines de la pena.

El derecho penal moderno tiene que, por consiguiente, partir de una teoría de la pena que salvaguarde su carácter liberal puro, que respete el principio de legalidad y busque la realización de la justicia siempre —y así queremos entender la expresión “justa” del art. 3.º del Código Penal colombiano—; las exigencias del Estado moderno deben ser consideradas igualmente por dicha teoría, de manera que tanto el principio de legalidad (como principio base) como el de oportunidad (principio excepción) puedan ser explicados, o dicho de forma más exacta, legitimados desde una perspectiva estrictamente penal.

c. Prevención general positiva y/o retribución funcional

La teoría de la prevención general positiva propia del derecho penal funcionalista legitima, en nuestra opinión, los principios de legalidad y oportunidad. Para un mejor entendimiento de la cuestión expondremos brevemente sus características fundamentales.

En virtud de la función comunicativa del derecho penal la función de la pena es “reafirmar la vigencia de la norma”¹⁰⁶, manifestar a un nivel de comunicación que la infracción que ha tenido lugar no afecta la estabilidad de la norma en sociedad y que ésta se niega, por tanto, a concebirse conforme a otras reglas. Aquí los comportamientos, tanto el del autor como la respuesta del derecho, se mueven en un plano puramente simbólico e independiente de automatismos o causalidades, un sentido encuentra una respuesta también en el ámbito de expresión de sentido. Entonces, la pena es una respuesta al hecho que, por su parte, debe ser entendido como una protesta contra la vigencia de la norma, contra la configuración de la sociedad¹⁰⁷; el hecho es “una defraudación de expectativas normativas, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta. Esto significa que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de éstos para la vigencia de la norma”¹⁰⁸. Tanto el comportamiento del autor como la reacción estatal comunican; el autor manifiesta, en virtud de su personalidad formal, con su actuar expresivo una contradicción a la norma, una pauta de comportamiento individual muy diferente a la ofrecida y reclamada por la norma. La pena como reacción estatal expresa que la pauta de comportamiento es otra muy diferente al esbozo del autor y que, por tanto, hay una pauta más general y válida, “La pena quiere, desaprobando la acción contraria a la norma, corroborar la validez de la norma desautorizada por el autor [...] [L]a pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible”¹⁰⁹. Entonces delito y pena, la obra del

106 JAKOBS. *Derecho penal*, p. 13; íd. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Opladen, 2004, pp. 24 y ss.

107 íd. “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, *ARSP*, n.º 74, 2000, p. 59.

108 LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, 1995, p. 40.

109 *Ibid.*, p. 85.

autor y la reacción jurídica deben ser considerados, en una primera instancia, por lo que expresan y el concreto significado de lo manifestado, que en sentido general no será otra cosa que una defraudación de por lo menos una expectativa de comportamiento generalizada congruentemente, por un lado, y la confirmación de ésta a través de la pena por el otro, esto es, que la expectativa defraudada vale como tal y que los sujetos pueden seguir confiando en el esbozo normativo del mundo existente ya con anterioridad a la expresión de sentido defectuosa del autor. La pena es uno de los mecanismos jurídicos de estabilización contrafáctica de expectativas normativas de una sociedad determinada que deben permanecer aun cuando el esbozo del mundo del autor se contraponga a la visión que de este mundo normativo han tenido los demás y, en el caso particular, la víctima.

La pena no tiene, sin embargo, solamente *significado*, ella también tiene un *fin*, y en verdad como respuesta a la puesta en peligro del derecho con el delito, al recorte de libertad que sucede con el hecho, y más importante, a la afectación *de la realidad del derecho*¹¹⁰. Pues con el hecho no sólo se pone en duda la validez de la norma, también se da motivo para dudar de la seguridad cognitiva de su validez¹¹¹. Con la imposición de pena, más concretamente y como lo expresó JAKOBS recientemente, con la “causación de dolor”, entonces, se busca dejar claro que el soporte cognitivo de la norma sigue siendo el mismo que existía antes del hecho, de manera que “el mantenimiento de la parte cognitiva de la validez de la norma es el *fin* de la pena [...] Con otras palabras, después de un hecho punible no basta con *señalar* al autor como delincuente –esto sería solamente una constatación conceptual–, él debe también ser *tratado* como tal”¹¹².

Esta reacción se mueve, entonces, no sólo a un nivel comunicativo; por medio de ella se le causa también un dolor al delincuente, se le suspende total o parcialmente como destinatario de la comunicación¹¹³. La pena es una respuesta a la expresión de sentido del autor y, por su parte, también expresa algo, y en verdad, la contradicción del quebrantamiento de dicha norma a través del comportamiento del autor, confirmando así que se puede seguir confiando hacia el futuro en esta pauta de comportamiento a pesar de que en el caso concreto haya sido defraudada y se haya puesto en duda su seguridad cognitiva; la pena estabiliza contrafácticamente expectativas normativas, reafirma la vigencia de la norma y la realidad del derecho. “El dolor sirve a la seguridad *cognitiva* de la vigencia de la norma; este es el *fin* de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por el delincuente es el *significado*”¹¹⁴.

110 JAKOBS. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, pp. 26 y ss.

111 *Ibid.*, p. 30.

112 *Ídem*.

113 *Ibid.*, p. 26.

114 *Ibid.*, p. 29.

d. Los principios de legalidad y oportunidad en el marco de la teoría de la prevención general positiva y/o retribución funcional

En primera instancia debe aclararse la imprecisión que subyace en la afirmación de que con las teorías absolutas de la pena resulta sistemáticamente imposible hacer excepciones por oportunidad. Si bien el principio de legalidad y, en correspondencia con esto, como vimos anteriormente, el deber de persecución penal encuentran una fundamentación sólida en la argumentación de tradición kantiana y hegeliana, no se puede afirmar que las elaboraciones de KANT y, mucho menos, de HEGEL cerraran la puerta tajantemente a la posible renuncia de pena. En lo que se refiere a KANT, fue JAKOBS quien puso de manifiesto que aunque la argumentación del filósofo de Königsberg no fue lo suficientemente fuerte para aceptar una renuncia tal, no se puede afirmar que él defendiera a costa de todo un rigorismo sistemático, pues “en él se encuentra la idea de que cuando la pena se muestre como ‘justa’, su medida *legal* –en el marco de lo aún entendible como talión– se debe determinar ‘según la felicidad y la gracia’”¹¹⁵. También se encuentran afirmaciones en este sentido en el apartado dedicado al derecho de gracia en la *Metafísica de las costumbres*: “todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas a priori. Pero si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más [...] entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez [...] y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo”¹¹⁶. La exigencia kantiana de que a todo hecho punible le suceda categóricamente una pena conoció ya con KANT una excepción, algo que en la literatura es entendido como una relativización –esto solamente para casos especiales– de las posturas generales del filósofo alemán.

Con HEGEL las cosas no son diferentes, este filósofo también parte de un intercambio funcional entre delito y pena, también concibe esta última en relación retrospectiva con el hecho y el ordenamiento “justo” (libre) perturbado: sin embargo, este orden ya no es uno fundamentado de forma metafísica como en KANT sino, por el contrario, es uno *real*¹¹⁷, que sienta las bases de la coexistencia social, entonces aquel que es *vigente*, y precisamente esta vigencia es la que el Estado debe garantizar con los instrumentos penales. La desaprobación o negación de la norma a través del comportamiento del autor es negada asimismo por el Estado con la imposición de pena, manteniéndose

115 JAKOBS. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, pp. 13 y s.

116 KANT. *Metafísica de las costumbres*, p. 170.

117 Cfr. al respecto PAWLK. *La realidad de la libertad. Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*, JORGE F. PERDOMO TORRES (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

así la vigencia del ordenamiento, su realidad. La superación del delito basada en esta correlación hecho punible-pena no presupone una igualdad en las características específicas de la lesión, como muy acertadamente lo pone de manifiesto LESCH¹¹⁸; por el contrario, lo decisivo es el significado que la norma tiene en la sociedad determinada y así la intensidad de su lesión, esto es, con las palabras de HEGEL, su valor; este valor de la lesión no se encuentra de una sola vez determinado, más bien, es uno relativo que depende del Estado de evolución y desarrollo de la sociedad, de su configuración. Así HEGEL: “Esta cualidad o magnitud es variable según la *situación* de la sociedad civil, y en esa situación radica la justificación para castigar con la muerte tanto un hurto de algunos centavos o una zanahoria, como con un pena benigna un robo que ascienda a muchas más de cien veces su valor. El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, en la medida en que parece agravar los delitos, es por el contrario sobre todo el que ha aminorado su castigo. Un código penal pertenece, pues, particularmente a su época y a la situación de la sociedad civil en ella”¹¹⁹.

Es verdad entonces que el principio de legalidad encuentra su más estricta y lógica fundamentación desde las denominadas teorías absolutas de la pena –también para los efectos procesales que hacen referencia a las garantías de transcurso objetivo del proceso¹²⁰–; no por esto se puede afirmar, sin embargo, que estas teorías no admiten excepciones, y esto ya desde su argumentación más estricta, por lo menos en lo que atañe a la teoría de la pena de HEGEL; la teoría de la prevención general positiva que aquí se defiende y que parte de estos fundamentos filosóficos expresa precisamente esta posibilidad. La consideración retrospectiva de la pena, es decir, la necesaria y obligada superación simbólica del delito, su referencia no categórica (*ab effectu*) al orden perturbado con el hecho, “técnicamente” su significado, es la garantía de la observación de las leyes en el Estado y la legitimación del deber de persecución penal. La orientación de la teoría a futuro, su fin, el mantenimiento de la fidelidad al derecho en la generalidad cuya necesidad depende del grado de daño social causado con el hecho, del estado de aseguramiento cognitivo de la vigencia del derecho, fundamenta perfectamente la posibilidad de excepciones, la aplicación de reglas de oportunidad, pues cuando no haya lesión de los derechos de los demás, en especial del principio de igualdad y, entonces, cuando no haya peligro alguno para la estabilidad del ordenamiento, la pena no tendrá que cumplir más su finalidad; el conflicto que aquí subyace se solucionará de otra forma, ante él se reaccionará con un equivalente funcional, que estará asimismo legitimado por ser la respuesta adecuada al orden mismo para cuyo mantenimiento se impone. “Si hay equivalentes funcionales para la pena como ‘lesión de la lesión’ de HEGEL, la pena no sería necesaria. Así pues, si bien es cierto

118 LESCH. *La función de la pena*, p. 37.

119 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, § 218 anotación, pp. 651 y s.

120 JAKOBS. *Derecho penal*, pp. 83 y ss.; también detalladamente al respecto KRAHL. *Die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht* (Art. 103 Abs. 2 GG), Frankfurt, 1986, pp. 68 y ss.

que la pena, según el concepto, es absoluta, también lo es que en su conformación concreta es relativa según el estado correspondiente de la sociedad”¹²¹.

Una teoría de la pena que supere la supuesta incompatibilidad de las teorías absolutas y relativas y que, por tanto, desplace la dicotomía “justo *versus* finalidad” rede-finiéndola como pena “merecida *versus* no merecida”¹²² es, en verdad, el marco propicio para legitimar el derecho penal justo de una sociedad determinada. Los interrogantes que surgen acerca del derecho penal legítimo están referidos directamente a la configuración de la sociedad y a las herramientas que en ella sean necesarias para el mantenimiento de dicha configuración, también las procesales; pues, como lo pone de manifiesto MÜSSIG, “la configuración del ‘sistema social procedimiento’ depende [también] de la identidad de la sociedad: la idiosincrasia de la sociedad no acepta cualquier procedimiento”¹²³, sino sólo aquel que permita demostrar *prácticamente* la vigencia del derecho¹²⁴, que refleje las estructuras garantizadas por el derecho penal material y que, en consecuencia, legitime sin más tanto la imposición de una pena como su equivalente funcional.

Es precisamente esta conexión entre derecho (material y procesal) y configuración social concreta la que se alcanza con la teoría de la pena aquí expuesta, algo que la teoría de la protección de bienes jurídicos corta por principio al vincular la problemática de la legitimación a las consecuencias externas de la conducta, esto es, a modificaciones en el conjunto de los bienes¹²⁵. Los principios de legalidad y oportunidad obtienen aquí una legitimación *originaria*, esto es, estrictamente penal.

La no persecución de un delito o la determinación de la medida de la pena dependerán del grado de “inseguridad” que se cause con el hecho en la sociedad, entonces de la *necesidad* de la pena en el caso concreto y, tal como se encuentra consagrado en el artículo 3.º C. P. colombiano, de acuerdo a este criterio y a los de proporcionalidad y razonabilidad habrá que determinar la pena o sus equivalentes funcionales. Muy seguramente se podrá lograr un acercamiento a la configuración social a través de los principios constitucionales –estén escritos o no–, y éstos pueden ser patrón básico decisivo para su averiguación; la decisión final acerca de lo que es “justo” en una sociedad será la obra del aplicador, principalmente constitucional, del derecho, pues

121 LESCH. Ob. cit., p. 81.

122 JAKOBS. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, p. 34.

123 Cfr. MÜSSIG. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, 2001, pp. 47 y ss., en la nota 73 ejemplificativamente: “el duelo a vida o muerte, que también es un procedimiento, probablemente haya dejado de estar de moda como medio forense de averiguación de la verdad” (p. 42). Por su parte LESCH (ob. cit.) llama la atención acerca de que es conveniente hablar hoy en día de una legitimación de la pena tal y como ha sido desarrollada por LUTHMANN en su obra *Legitimation durch Verfahren*, legitimación por medio del procedimiento (p. 80).

124 MÜSSIG. “Grenzen der Beweisverwertung beim Einsatz ‘Verdeckter Ermittler’ gegen den Verdächtigen”, *GA*, 2004, p. 96.

125 *Id.* *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, p. 48.

alguien tiene que intentar llegar lo más pronto posible a la “verdad”¹²⁶ que, inclusive, puede haber sobrepasado ya la Constitución misma de un Estado; “en la madurez de la realidad aparece lo ideal frente a lo real [...] [E]l búho de Minerva sólo levanta su vuelo al romper el crepúsculo”¹²⁷. También este marco constitucional ofrecerá pautas indispensables en el proceso de legitimación material de las normas penales en concreto, permitirá obtener pautas para la determinación del *merecimiento* de una pena. Partiendo de estas premisas se puede asumir que la relación entre los derechos constitucional y penal es armónica, y esto bajo fundamentos comunes que permiten, por tanto, realizar cualquier tipo de análisis constitucional.

V. ANOTACIÓN FINAL

Los principios de legalidad y oportunidad son reflejo teórico de la realidad colombiana, de forma más exacta, de la realidad de la libertad en nuestro país. Su coexistencia está legitimada desde los mismos valores constitucionales, como explicamos arriba. Precisamente por ser expresión normativa de nuestra sociedad pueden también ser legitimados desde el derecho penal, y en verdad, según nuestra opinión, *de la mejor y más pura forma posible a través de la teoría de la pena (prevención general positiva en el sentido aquí expuesto) propia del denominado derecho penal funcional*.

126 Cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, 2.^a ed., Frankfurt, 1997, quien considera la judicatura como el centro del sistema jurídico a causa de la obligación de tomar la decisión en el caso concreto (pp. 297 y ss.).

127 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, prólogo, p. 61.