

## LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD\*

WINFRIED HASSEMER

### 1. VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

#### a) *Fundamentos en fauor del principio de legalidad*

Un derecho procesal penal orientado hacia el principio de legalidad tiene su fundamento en el principio del Estado de derecho. Se corresponde de forma ideal con los principios que rigen la relación entre el derecho penal material y el derecho procesal penal en un Estado con división de poderes:

1) El derecho penal material no sólo determina los límites de la punibilidad (como Magna Carta, Franz von Liszt), sino que tiene, a la vez, la función de afirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad ("prevención general positiva"; confr. W. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, 1984, p. 391 y siguientes).

\* Traducción del alemán de Silvana Bacigalupo. El trabajo original fue presentado por el autor, profesor de Derecho Penal, Sociología del Derecho y Teoría General del Derecho, de la Johann Wolfgang Goethe-Universität, de Frankfurt am Main, con motivo del "Symposium Internacional hacia una nueva Justicia Penal", realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del 2 al 6 de mayo de 1988, organizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia. El symposium se refirió al Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación presentado al Congreso Nacional por la Secretaría de Justicia de la Nación. El trabajo original del profesor Hassemer contaba con una primera parte dedicada al tema de legalidad y oportunidad en el proyecto, que, por decisión del autor, ha sido suprimida de esta versión castellana (N. de la T.).

De acuerdo con una legalidad jurídico-material, la seguridad de las normas presupone que éstas se realicen en el proceso penal tal y como las afirma el derecho penal material; la aplicación sólo selectiva y oportunista de las normas materiales en el proceso penal tiene que conducir a largo plazo a debilitarias, especialmente a aquellas cuya aplicación resulta más perjudicada por una selección oportunista.

2) Si el derecho penal material es aplicado en el proceso penal de forma desigual, entonces es de esperar que todo el sistema del derecho criminal sufra en su totalidad perjuicios. La población puede esperar que el Estado que castiga observe en la realidad aquellas normas del derecho penal que proclama públicamente en el texto de la legislación penal. El principio de oportunidad en el proceso penal transmite, especialmente si sus presupuestos no están definidos estrictamente (véase 2, f), la impresión de desigualdad, inconsecuencia y engaño.

3) El principio de legalidad asegura el tratamiento igualitario de los ciudadanos -fundamental para una administración justa de la justicia penal- en la medida en que obliga a aplicar de forma igualitaria las normas del derecho penal. Las normas del derecho penal rigen "sin tener en cuenta a la persona": su símbolo es la venda que tapa los ojos de la justicia. El principio de oportunidad no puede excluir con seguridad que el poder social (político, económico, personal) determine la aplicación de las normas del derecho penal y que con ello lesione el mandato del tratamiento igualitario.

4) El principio de oportunidad pone en peligro, en todo caso, el principio de la división de poderes, cuando las autoridades de instrucción pueden decidir independientemente sobre la no persecución de los hechos punibles. La puesta en libertad de delinquentes es competencia de los tribunales; las autoridades de instrucción deben examinar la sospecha y preparar el proceso judicial. La división de poderes significa en el derecho penal que el Poder Ejecutivo tiene que dejar a cargo del Poder Judicial la decisión sobre la punibilidad de una conducta comprobada.

5) El principio de oportunidad, en el proceso de instrucción desvaloriza tendencialmente la vista oral de la causa: cuantos más hechos punibles se sustraigan al proceso de persecución penal durante el procedimiento de instrucción, menos importante será el significado de la vista oral de la causa para el control de la punibilidad; así puede

ocurrir, por ejemplo, que se sustraiga al Poder Judicial partes prácticas y cotidianamente importantes de la criminalidad masiva (p.ej., la criminalidad de tránsito vial y de hurto).

6) Amenaza también el principio de publicidad en el proceso penal. En el proceso de instrucción la publicidad está casi totalmente excluida, y no puede ser tampoco de otra manera. Cuantas más decisiones normativas sobre la punibilidad se tomen ya en el proceso de instrucción, más sufrirá la publicidad de la administración de justicia penal. Sobre todo sospechoso de acciones delictivas públicamente conocidas tenderán a buscar una solución del asunto ya durante el procedimiento de instrucción (unos de los problemas del § 153 a de la StPO<sup>1</sup>); también las autoridades de instrucción tienden en casos delicados hacia un manejo discreto.

7) Sólo con un reconocimiento estricto del principio de legalidad se puede delimitar el proceso de instrucción de la actividad ejecutiva policial y configurarlo conforme al principio del Estado de derecho: la intervención policial se rige por el principio de oportunidad, la instrucción penal, por el de legalidad. Sólo con esta delimitación pueden eliminarse del proceso penal métodos de instrucción problemáticos (la pesquisa controlada, la intervención de "hombres-V", la pesquisa en trama, la instrucción de "autores" sin hechos) o al menos limitar su presencia de forma compatible con el principio del Estado de derecho.

Los fundamentos en favor del principio de legalidad son, por lo tanto, contundentes. Ellos residen en el ámbito de la justicia de la administración de justicia penal.

#### b) Fundamentos en favor del principio de oportunidad

Los fundamentos en favor del principio de oportunidad se tornan más sólidos en la medida en que se entienda al derecho penal como orientado hacia las consecuencias. Ellos residen en el ámbito de la efectividad de la administración de justicia penal. Sin embargo, resultan más heterogéneos en comparación con los fundamentos en favor del principio de legalidad. Dado que el principio de oportunidad casi no tiene ninguna importancia en el proyecto (Proyecto de Código Procesal Penal de la Secretaría de Justicia) serán ex-

<sup>1</sup> StPO: Strafprozeßordnung (Código Procesal Penal Alemán). (N. de la T.)

puestos más detalladamente los fundamentos que pueden aportarse en su favor:

1) Las ideas de la realidad en las que reside el principio de legalidad, son erróneas e idealistas: de ninguna manera se traslada a la realidad de derecho penal material, ni aun aplicándolo estricta y legalmente. Más bien toda norma del derecho penal material tiene indefectiblemente su cifra negra, y las cifras negras son de gran variedad según el tipo de norma penal (asesinato doloso vs. hurto vs. abuso de drogas). No se puede hablar entonces de ninguna manera de una aplicación regular y completa del derecho penal, y la ética del principio de legalidad no se puede realizar.

2) A diferencia del Código Penal, el proceso penal no es texto, sino escena, proceso. Las normas del derecho penal necesitan de una transformación en un actuar práctico. En esa transformación se ven necesariamente modificadas: están a disposición de especiales condiciones de actuación. Por ejemplo, no se puede prescribir con exactitud a las autoridades de instrucción el momento de actuar sobre el sospechoso, de tal forma que no se puede definir exactamente el concepto de sospecha y no se puede impedir legalmente que las autoridades de instrucción adopten una forma de instrucción acorde con la inteligencia policial.

3) El proceso penal y el derecho procesal penal no son una simple prolongación del derecho penal material; no sólo sirven para la realización de las normas penales como reside en la idea del principio de legalidad, sino que también tienen sus propias metas (ellas son el derecho constitucional aplicado). El proceso penal tampoco está obligado a la indagación de la "verdad material", sino más bien a la indagación de "una verdad lograda por vías jurídico-formales" (palabra clave: prohibiciones de pruebas). Las ideas de la relación entre el derecho penal material y derecho procesal penal que le son propias al principio de legalidad se encuentran, por tanto, superadas.

4) A corto plazo resulta económicamente y a largo plazo políticamente poco inteligente el obligar a las autoridades de instrucción a esclarecer de forma igual y con la misma intensidad todos los hechos punibles. Los recursos personales y materiales de las autoridades de instrucción siempre resultarán escasos. Por ello las autoridades de instrucción concentrarán su actividad instructoria de forma selectiva, diga lo que diga el legislador; algunos casos los perseguirán de manera intensa, otros con menos intensidad y otros no

los perseguirán. Sin persistir el legislador severamente en el principio de legalidad, tendrá siempre la oportunidad de prescribir a las autoridades instructorias los criterios de una actividad selectiva, por ejemplo, de limitar una persecución penal en los casos de bagatelas en un sentido amplio (como, p.ej., § 153, 154, 154 a, StPO) o cuando sea previsible que la persecución penal, por motivos determinados, no pueda alcanzar una adecuada ejecución de la pena (p.ej., § 153 c, 154 b, StPO).

5) Es justo y político-criminalmente perspicaz el realizar ya en el proceso de instrucción (y no recién en la sentencia al final de la vista oral) las facilidades previstas en el derecho penal material, de tal manera que si es de esperar una facilidad, ya pueda cesar el proceso de instrucción. Ello es válido en el caso en que el juez penal vaya a prescindir de la pena (§ 153 b, StPO) o si el sospechoso merece la absolución debido al arrepentimiento activo (§ 153 c, StPO —aquí solamente se refiere a delitos políticos—). Esto es justo, porque ya el hecho de llevar a cabo el proceso penal (y no recién una consecuencia penal) representa para el afectado una carga y con frecuencia también una carga de índole jurídica; esta carga puede ser evitada.

6) Resulta criminalísticamente inteligente (la predisposición de denuncia y de testificar) y se corresponde con el principio de orientación hacia la víctima, el conceder la libertad de persecución a la víctima de una coacción o extorsión, ya durante el proceso de instrucción, respecto del hecho punible mediante el cual es presionada por el autor; esto rige en todo caso respecto de hechos de hasta mediana gravedad (ejemplo, § 154 c, StPO).

7) Puede ser aconsejable para la descongestión de los tribunales penales y para la agilidad del proceso el conceder a las autoridades de instrucción la posibilidad de suprimir el proceso hasta en los hechos punibles (sospechosos) de mediana gravedad. Dado que no se trata de bagatelas (cfr. 1, b, 4), la suspensión del proceso no puede quedar sin consecuencias; las autoridades de instrucción tienen que tener un poder de sanción limitado (reparación, multas, etcétera). Ya que esta sanción se dirige contra un inculpable (art. 6 II, MRK<sup>2</sup>), el acusado tendrá que aceptar el proceso. Para

<sup>2</sup> MRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte [Convención para la Protección de los Derechos Humanos. (N. de la T.)]

preservar el principio de Estado de derecho en este proceso (división de poderes; *supra* 1, a, 4) es necesaria la aprobación del tribunal competente. Un ejemplo de esta variante de la oportunidad es el § 153 a, StPO, que es aceptado y utilizado en la práctica, pero que es fuertemente combatido por la doctrina.

8) Para preservar la unidad del ordenamiento jurídico y para evitar decisiones judiciales que se excluyan mutuamente, puede ser aconsejable suspender momentáneamente un proceso de instrucción (y bajo determinados presupuestos suspenderlo totalmente), si la decisión penal depende prejudicialmente de una decisión no penal (ejemplos, art. 233 del Proyecto<sup>2</sup> y § 154 d, e, StPO).

9) A un sistema penal moderno y orientado hacia las consecuencias no debería parecerle evidente el tener que llevar a cabo un proceso penal, aun cuando los perjuicios políticos sean mayores que los beneficios (*fiat iustitia, peccat mundus*). A esta filosofía se le correspondería la suspensión del proceso, especialmente en los "delitos políticos", justamente cuando el llevar a cabo el proceso tuviese graves desventajas para el Estado (ejemplo, § 153, StPO).

10) En la República Federal de Alemania se intentó introducir la "regulación de testigo principal" (*Kronzeugenregelung*) para los delitos de terrorismo: la suspensión del proceso a través del fiscal general federal (*Generalbundesanwalt*) y/o por el juez de instrucción del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) frente al sospechoso delincuente que hace declaraciones criminalísticamente importantes acerca del grupo terrorista. Fundamentación: esta variante del principio de oportunidad sería la única posibilidad para combatir eficazmente el terrorismo. Aún no se puede predecir cómo terminarán las discusiones políticas.

## 2. PRESUPUESTOS PARA UNA OPCIÓN

A mí no me corresponde hacer propuestas acerca de una política de persecución penal enmarcada dentro de la dicotomía entre legalidad y oportunidad. Yo quiero más bien llamar la atención finalmente sobre algunas correlacio-

<sup>2</sup> Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (N. de la T.).

nes y estructuras que debería tomar en cuenta una opción de mezcla entre legalidad y oportunidad.

a) Los principios de legalidad y oportunidad en la persecución penal acentúan diferentes aspectos de la idea del derecho: la legalidad, la idea de justicia; la oportunidad, la de conveniencia (efectividad e inteligencia política). Por ello una opción político-criminal debería tener en cuenta que la justicia es el fin, pero que la conveniencia es una condición restrictiva de la persecución del fin; expresado más sencillamente: tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea (actual, económica y políticamente) necesaria.

b) El principio de legalidad se puede encuadrar dentro de las teorías absolutas de la pena y el principio de oportunidad dentro de los fines relativos de la pena. El principio de legalidad es exposición de automatismo, regularidad y de justa retribución por el hecho, mientras que el principio de oportunidad es exposición de ponderación en el caso particular de apreciación de cada una de las particularidades y de consideración inteligente de las consecuencias. Por ello también el principio de legalidad nos resulta "clásico" y el principio de oportunidad "moderno", y debido a esto el principio de oportunidad tiene actualmente mayores posibilidades de visibilidad dentro de un derecho penal que hoy en día se orienta hacia las consecuencias.

Pero debe considerarse que un derecho penal orientado exclusivamente en una dirección "moderna" corre el peligro de desvirtuar los límites clásicos del derecho penal y de devenir en un terrorismo de Estado. El derecho penal debe permanecer frente a esto como "barrera infranqueable de la política criminal" (von Liszt). Las objeciones que actualmente se le hacen a las teorías penales "modernas" se pueden formular, *mutatis mutandis*, también contra el principio de oportunidad.

c) El principio de oportunidad es apreciado frecuentemente por su efecto descriminalizador. Esto resulta en principio correcto: aparta tempranamente hechos sospechosos del proceso penal. Pero se debe tener en cuenta que no se trata en su totalidad de hechos punibles (su punibilidad no está determinada, art. 6, II, MRK<sup>4</sup>) y se debe considerar especialmente que el principio de oportunidad no es el ins-

<sup>4</sup> Ver nota 2 (N. de la T.).

trumento adecuado para la descriminalización; esto le corresponde más bien al derecho penal material. Resulta teóricamente contrario al sistema y políticamente un engaño al público el proclamar públicamente la criminalización en los códigos penales (p.ej., el ilícito de bagatela) y excluirlos clandestinamente en el proceso penal: cuanto más se oriente el derecho penal material hacia los principios de proporcionalidad y de la fragmentariedad, menos motivos habría para un proceso penal oportunista.

d) También para la descongestión de los tribunales que se espera como consecuencia del principio de oportunidad (supra I, b, 7), existe una equivalencia funcional. Junto a la descriminalización jurídico-material del ilícito no merecedor de pena (2, c) se debe pensar especialmente en la introducción de un proceso reducido y sumarial, que en todo caso tiene la ventaja de la ejecución judicial y de la participación necesaria del acusado.

e) En tanto el principio de oportunidad sea justificado en el marco de un cálculo de utilidad (supra, especialmente I, b, 9, 10) se debe preguntar críticamente acerca del concepto de "utilidad" y de "daño". Según mi apreciación, resulta político-criminalmente injustificado e irracional el contemplar la utilidad inmediata (p.ej., la destrucción de un grupo de terroristas) y pasar por alto el daño a largo plazo que tal regulación del principio de oportunidad puede ocasionar a la administración de justicia penal. El que omite estratégicamente hechos punibles graves debido a un cálculo criminalístico o político, no sólo daña a la justicia, sino también y especialmente a la confianza de la población en la regularidad del derecho penal. Sin esta confianza la administración de justicia penal no puede sobrevivir.

f) En cuanto un derecho procesal penal admita casos de oportunidad, el grado de compatibilidad con el principio del Estado de derecho del proceso dependerá de que estos casos estén determinados con precisión. Reglas de oportunidad que estén reguladas sin precisión destruyen en su totalidad al principio de legalidad; la persecución penal oportunista se expande entonces como una epidemia: la decisión de las autoridades de instrucción de no perseguir un hecho punible no podrán ser controladas con eficacia, ni tampoco delimitadas.

g) Si se admiten casos de oportunidad en un proceso penal aún hay todavía otros medios para delimitar los peligros para el principio del Estado de derecho:



1) La participación del tribunal competente o también del juez de instrucción para introducir una instancia de control y para atenuar las dudas resultantes del principio de división de poderes (*supra* 1, a, 4).

2) La aprobación del afectado en todo caso en el que la suspensión del proceso vaya unida a cargas para su persona (§ 153 a, StPO). Pero aun cuando éste no sea el caso, es aconsejable la aprobación del afectado dado que permanece la sospecha delictiva contra un ciudadano inculpable sin esclarecimiento judicial, y esto significa un daño jurídico para el inculpable.

3) El requerimiento de fundamentación para cada disposición de suspensión; con ello, no sólo el afectado, sino, eventualmente, también el público interesado, pueden comprobar los motivos de la suspensión.

4) La creación de un procedimiento de acusación obligatoria (§ 171 y ss., StPO) para que por lo menos el lesionado pueda controlar con ayuda de los tribunales la suspensión del proceso.

h) Justamente la relación entre legalidad y oportunidad en la persecución penal resulta en la práctica de la administración de la justicia penal menos un problema de los textos legales, que mucho más una consecuencia de la efectiva implementación del derecho; un derecho procesal por más inteligente que sea, sólo limitará la persecución penal cuando las autoridades de instrucción y los tribunales penales dejen limitarse. Como mero principio, el principio de legalidad es demasiado débil como para poder imponerse realmente en la práctica de la persecución penal; las posibilidades de una persecución penal oportunista son demasiado numerosas, demasiado seductoras y no se pueden controlar bien.

Por ello, finalmente, la mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de las autoridades y de los tribunales, del control a través del público y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal.

Esto podrá ser una opción para el proyecto, es decir la prescripción de una persecución penal orientada estrictamente al principio de legalidad.