

Miguel Ángel Lamadrid Luengas



El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal

TESI DOCTORAL UPF/2015

Director de la Tesi:

Prof. Dr. Dr. h.c. mult Jesús-María Silva Sánchez

DEPARTAMENT DE DRET

BARCELONA

SUMARIO

El principio de oportunidad se ha convertido en un elemento común en las legislaciones de los sistemas penales occidentales. Sin embargo su incorporación al procedimiento penal no ha sido pacífica. La constante referencia que se hace de éste principio con el eficientismo penal y su contradicción con el principio de legalidad han generado dicha resistencia.

En este trabajo se aclara lo que debe ser considerado el principio de oportunidad, se propone cómo debe estructurarse para una adecuada aplicación y se muestra cómo es posible justificar su existencia dentro de los sistemas penales occidentales.

ABSTRACT

The principle of opportunity has become a common element in the laws of the occidental Western penal systems. But its incorporation into the criminal proceedings has not been peaceful. The constant reference made to this principle to criminal efficiency and his contradiction with the principle of legality have generated such resistance.

This work clarifies what must be considered the principle of opportunity, it is proposed how it should be structured for the proper application and shows how can justify their existence within the Western penal systems.

ÍNDICE

Agradecimientos	13
Abreviaturas	15
Introducción	21
CAPÍTULO 1	29
La irrupción del principio de oportunidad en los sistemas penales hispanoamericanos y en España	29
I. Panorama del proceso penal en los países hispanoamericanos	30
1. Ministerio público	34
1.1 Etapa de investigación	36
1.2 Ministerio público como director de la investigación	38
2. La policía	41
3. Situación actual del sobreseimiento y el archivo de procesos	42
II. Principio de oportunidad	44
1. Regulación actual del principio de oportunidad en países hispanoamericanos	46
1.1 Casos de insignificancia absoluta.....	47
1.2 Casos denominados de “pena natural”	47
1.3 Casos de insignificancia relativa.....	48
1.4 Casos relacionados con extradición.....	48
1.5 Casos con cuestiones prejudiciales	49
1.6 Casos donde haya testigos de la corona o algún procesado colabore para que no se siga cometiendo el delito	49
2. El caso español.....	50
III. Entendimiento en hispanoamérica y España sobre el principio de oportunidad	53
1. En España.....	53
2. En los países hispanoamericanos	57
CAPÍTULO 2	61
Evolución histórica del ministerio público y del principio de oportunidad en Alemania	61

I. Estado del procedimiento penal en la Alemania del Siglo XIX	67
II. Surgimiento del ministerio público	70
III. El principio de oportunidad en el derecho procesal penal alemán	77
1. La creación del concepto <i>principio de oportunidad</i>	77
2. Discusiones sobre los poderes y atribuciones del ministerio público	81
3. Proyectos fallidos de introducción del principio de oportunidad en la legislación	93
4. Introducción y desarrollo del principio de oportunidad en la legislación alemana	97
4.1 La introducción del archivo sin condiciones.....	97
4.1.1 Reforma del ministro de justicia Emminger.....	97
A. Motivos del legislador.....	100
B. Efectos para el derecho penal material.....	103
4.1.2 Reformas al archivo sin condiciones del §153 StPO	104
4.2 El período del nacionalsocialismo	106
4.3 El archivo con condiciones del §153a StPO	110
4.4 Síntesis sobre la incorporación de causales del principio de oportunidad en la legislación.....	111
IV. Actualidad del principio de oportunidad en Alemania 114	
1. Casos de insignificancia	116
1.1 Casos de insignificancia absoluta.....	116
1.2 Casos de insignificancia relativa.....	117
1.3 Casos en los que confluyen situaciones relacionadas con el extranjero	118
1.4 Insignificancia debido a tráfico de estupefacientes de uso personal.....	118
2. Archivo del proceso en caso de cumplimiento de órdenes y mandatos	120
3. Existencia de intereses prioritarios a la persecución penal	120
3.1 Cuando el proceso genere peligros en delitos contra la seguridad del Estado	120
3.2 Casos de arrepentimiento activo en delitos contra la seguridad del Estado	121

3.3 Casos de coacción o chantaje de amenaza de revelar un hecho punible	121
3.4 Cuestiones prejudiciales civiles o administrativas: casos de injurias o afines, pendientes de procesos penales o disciplinarios	121
3.5 Impunidad al partícipe para que actué como testigo de cargo	122
4. Cuando la víctima puede llevar por sí misma la persecución	122
V. Retrospectiva	123
CAPÍTULO 3	129
El problema del aumento de la criminalidad y la escasez de recursos en la actualidad	129
I. Caminos para disponer de los casos penales	134
1. La descriminalización	134
2. La posibilidad de disponer casos durante la etapa de investigación en países del <i>civil law</i> y en los países del <i>common law</i>	138
2.1 Acercamientos entre los sistemas	138
2.1.1 Sistemas que acogen el principio de disposición de la acción penal o sistemas oportunistas	140
2.1.2 Cambios en sistemas de tradición legalistas	144
2.1.3 Interés general sobre la simplificación de la justicia penal	146
2.2 La etapa de investigación	149
2.2.1 Relación entre el ministerio público y la policía.....	149
2.2.2 Tareas del ministerio público durante la etapa de investigación.....	152
2.3 El final de la etapa de investigación	153
2.4 Poderes de persecución y el uso de la discreción	156
2.4.1 Poder del ministerio público para terminar casos	157
2.4.2 Facultades discrecionales en la persecución penal.....	159
A. El archivo simple.....	159
B. Archivo condicional	161
3. Procedimientos alternativos ante los tribunales	163
3.1 Procedimientos por mandato penal	163
3.2 Procesos acelerados.....	165
3.3 La justicia negociada.....	166
II. Recapitulación	168

1. Aumento de competencias penales en el sistema de administración de justicia	169
2. La disposición de la acción penal a nivel policial	170
3. La disposición de la acción penal del ministerio público en la etapa investigativa	171
4. Poder adjudicador del ministerio público mediante acuerdos.....	171
5. Sobre las alternativas al proceso tradicional.....	172
CAPÍTULO 4	175
Elaboracion de un concepto de principio de oportunidad	175
I. Definición de principio de oportunidad.....	177
II. Estudio del principio de oportunidad	177
1. La culpabilidad	180
1.1 El concepto de “culpabilidad” en el derecho penal	180
1.1.1 La idea de “culpabilidad”	180
1.1.2 La culpabilidad para la fundamentación de la pena.....	181
1.1.3 La culpabilidad para la medición de la pena	184
1.2 Concepto de “culpabilidad mínima”	185
1.2.1 Con ayuda de la conjunción de los tres niveles	185
A. Rasgos característicos del hecho	186
B. Circunstancias de la víctima.....	187
C. Intereses generales del Estado o de la comunidad	188
D. Circunstancias características del autor	188
1.2.2 Con ayuda de los parámetros para la determinación de la pena.....	189
1.2.3 Comparando el caso con otros similares	192
1.2.4 Aspectos procesales	195
1.2.5 Hipotética apreciación de la culpabilidad	195
1.2.6 Concepto obtenido	197
2. El interés público en la persecución	198
2.1 Aspectos preventivos especiales.....	200
2.2 Aspectos preventivos generales.....	202
2.3 Consecuencias del hecho	205
2.4 Aspectos procesales.....	208
III. Aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados	208
1. Tareas por parte del fiscal	208

2. Directrices a los fiscales.....	212
2.1 Directriz interna.....	212
2.2 Directriz externa.....	213
2.3 Reflexiones sobre las directrices.....	213
IV. Características del principio de oportunidad	215
1. El objeto del principio de oportunidad.....	216
2. Legitimados para aplicar el principio de oportunidad	217
3. No requiere aprobación por parte del tribunal.....	218
4. Existencia de un sistema nacional de registro.....	220
5. EL archivo no hace tránsito a cosa juzgada	220
6. Existencia de alternativas al archivo	221
V. Supuestos de aplicación del principio de oportunidad en los países hispanoamericanos, en España y en Alemania.....	223
1. Casos de insignificancia	224
2. Intereses prioritarios a la persecución penal	226
VI. Consideraciones adicionales sobre el principio de oportunidad.....	227
CAPÍTULO 5	233
Consideraciones sobre el principio de oportunidad desde el derecho penal material.....	233
I. Propuesta de organización conceptual del principio de oportunidad.....	236
1. Categoría del injusto culpable merecedor de pena. posibilidad de castigo	238
1.1 La estructura del tipo comisivo doloso	240
1.2 La estructura del tipo comisivo imprudente.....	241
1.3 La estructura del tipo de omisión.....	241
2. Categoría del injusto culpable necesitado de pena.....	245
3. Categoría del injusto culpable sancionable/la sancionabilidad	248
3.1 Las condiciones objetivas de punibilidad.....	250
3.2 Las excusas absolutorias.....	252
3.2.1 Causas de exclusión de la pena.....	253
3.2.2 Causas de levantamiento de la pena	254
3.2.3 Principales diferencias.....	255

4. El sistema procesal penal como prolongación del sistema del hecho punible	257
5. ¿El principio de oportunidad podría llegar a hacer efectiva la justicia material?.....	258
CAPÍTULO 6	263
Justificación del principio de oportunidad	263
I. Análisis de las principales críticas al principio de oportunidad.....	266
1. Análisis de críticas relativas a aspectos constitucionales.	267
1.1 Análisis sobre la vulneración del principio de igualdad	267
1.2 Análisis sobre la vulneración del principio de legalidad	269
1.3 Análisis sobre la vulneración del mandato de determinación	271
1.4 Análisis sobre la vulneración del principio de separación de poderes	274
2. Análisis de críticas relativas a aspectos procesales	277
3. Críticas al archivo con condiciones	282
3.1 Quebrantamiento del principio de presunción de inocencia	284
3.2 Quebrantamiento del principio “in dubio pro reo”	289
3.2.1 Sobre la imposición de gastos del proceso.....	290
3.3 Afectación a otras garantías del proceso penal	291
3.4 Quebrantamiento del principio de separación de poderes..	292
3.5 Síntesis y consideración sobre el principio de oportunidad	294
II. Justificación desde el sistema penal del principio de oportunidad.....	297
1. El principio de oportunidad y el principio de legalidad	298
1.1 El principio de legalidad procesal.....	299
1.1.1 Los elementos del principio de legalidad procesal.....	301
1.2 El principio de oportunidad	304
1.2.1 Los elementos del principio de oportunidad	307
1.3 Aproximación a un nuevo entendimiento del principio de legalidad procesal	307
1.4 El principio de oportunidad dentro del sistema penal.....	314
2. Argumentos adicionales en favor del principio de oportunidad.....	318

III. Justificación desde el análisis económico del derecho del principio de oportunidad	320
1. El enfoque positivista.....	321
2. El enfoque normativo	322
2.1 Consideraciones desde el AED del proceso penal	326
2.2 Principio de oportunidad y consideraciones del análisis económico del derecho.....	335
Conclusiones.....	345
Bibliografía.....	353
Anexo.....	403

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido fruto de varios, tal vez demasiados, años de investigación bajo la tutoría de mi director Jesús María Silva Sánchez quien desde el primer contacto que tuve con él hace más de diez años me ha acompañado en este camino, me ha apoyado y me ha inspirado con su ejemplo y erudición.

Pude complementar mucho más mi formación en el área del derecho penal en los cursos de doctorado de la Universidad Pompeu Fabra y luego mediante las estancias de investigación que pude disfrutar en Alemania, específicamente en las ciudades de Münster, Göttingen y Mannheim, gracias a las becas de investigación del DAAD y de AGAUR. En esos espacios, gracias a los seminarios, charlas y cafés, no sólo aprendí derecho penal, sino que conocí a muchas personas valiosas partiendo de los miembros del área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra que han sido un apoyo para los doctorandos que decidimos hacer esta travesía. He conocido a tantos compañeros y amigos y cada uno me ha aportado algo a su manera, que me parecería inadecuado nombrarlos ya que podría llegar a olvidarme de alguno. A todos ellos muchas gracias.

En este periodo de formación muchas personas entraron en mi vida, algunas se marcharon y otras aún permanecen definitivamente en ella. A Paola por todo su apoyo en esta decisión que tomé y que nos costó tal vez mucho más de lo que jamás imaginamos, muchas pero muchas gracias, siempre estarás en mi corazón. A mis padres que también tuvieron que sufrir con esta decisión y lo que ella implicó, solo tengo agradecimientos por su constante apoyo a pesar de las adversidades, que no fueron pocas, durante esta época de doctorado.

De las que entraron puedo decir sin lugar a dudas que ocupa el primer lugar Lorena Ramírez. No hay palabras para agradecer la

oportunidad de contar con ella en mi vida. Siempre ha estado ahí apoyándome desde el primer día en que tuve la fortuna de conocerla. Desde hace ya un tiempo forma una bella familia con Diego, quienes se han convertido en mi familia en Barcelona y me han apoyado siempre de manera cariñosa y desinteresada. Lorena muchísimas gracias, gracias Diego, esta también es vuestra tesis.

ABREVIATURAS

§ / §§	Parágrafo(s)
AE	Alternativ-Entwurf
AED	Análisis Económico del Derecho
AK-StPO	Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden
Am. J. Crim. L.	American Journal of Criminal Law
AO	Abgabenordnung (Ley General Tributaria)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
art.	Artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte general)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán)
BR-Drucks	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drucks	Drucksache des Deutschen Bundestages
BtMG	Betaubungsmittelgesetz (Ley alemana de estupefacientes)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán)

BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Sentencia del Tribunal Constitucional alemán)
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CE	Constitución española
CEDH	Convenio europeo de Derechos Humanos
Colum. L. Rev	Columbia Law Review
Cornell. L. Rev	Cornell Law Review
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPP	Código de Procedimiento Penal
Crim. Just. Rev	Criminal Justice Review
DAR	Deutsches Autorecht
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Strafrechtszeitung
ed.	Edición
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Emory L.J.	Emory Law Journal
EMRK	Die Europäische Menschenrechtskonvention
FG	Festgabe
FS	Festschrift (Libro homenaje)

GA	Golddammers's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz (Ley fundamental para la República Federal Alemana)
GS	Gedachtnisschrift (Libro en memoria)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunal de menores)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
KK	Karlsruher Kommentar
KMR	Kommentar zur Strafprozeßordnung
Kriminalistik	Unabhängige Zeitschrift für die kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KrimJ	Kriminologisches Journal
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Law & Soc'y Rev	Law & Society Review
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

ABREVIATURAS

MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Mschkrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NS	Nationalsozialismus
NstZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz (Ley de contravenciones e infracciones administrativas)
ÖJZ	Österreichische Juristischen- Zeitung
ÖStPO	Österreichische Strafprozessordnung
p./pp.	Página(s)
R.J.Cat.	Revista Jurídica de Catalunya
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RG	Reichsgericht (Tribunal del Imperio)
RGD	Revista General de Derecho
RGSt.	Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal del Imperio en materia penal)
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RStGB	Reichstrafgesetzbuch (Codigo penal del Reich)
RstPO	ReichStrafprozessordnung
s./ss.	siguiente/siguientes

S.n.	sin nombre
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza procesal-penal alemana)
StraFo	Strafverteidiger Forum
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
StV	Strafverteidiger
T.	Tomo
T.J.	Tribunales de Justicia
TC	Tribunal Constitucional español
TS	Tribunal Supremo español
USAID	Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
UCLA L.R.	UCLA Law Review
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts und Steuerstrafrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

INTRODUCCIÓN

Actualmente se presenta un agitado debate en la opinión pública sobre el denominado *principio de oportunidad*. Se tiende a vincular dicho mecanismo con la impunidad y la sensación de inoperancia del sistema judicial por parte del común. Los debates en los medios de comunicación estimulan emociones fuertes y sentimientos de indignación en relación con ciertos delitos de alta resonancia para la población y su percepción de seguridad, cuya resolución jurídica pasa por la aplicación del polémico principio. Se incrementa la demanda de justicia, se clama por el aumento de penas y se cuestiona la actuación del ministerio público y, por extensión, del aparato judicial en general.

De otro lado, temas como la congestión judicial o el hacinamiento carcelario, que se relacionan con la limitada capacidad del sistema para la atención plena de la totalidad de casos, demanda a su vez creciente por la ampliación de tipos penales producto del trabajo legislativo, requieren soluciones tanto administrativas y económicas como jurídicas que eviten el colapso del sistema, lo que llevaría a una parálisis en la aplicación de la justicia.

Frente a un tema tan complejo, es oportuno estudiar en profundidad esta institución, de forma que mediante el conocimiento de su desarrollo histórico, sus avatares en diferentes legislaciones en el mundo, los debates que ha suscitado entre los autores más importantes, su precisión conceptual, los procedimientos que le son inherentes y su análisis desde diferentes perspectivas ligadas a la ciencia jurídica, sea posible un punto de vista equilibrado que permita comprender la utilidad del principio de oportunidad en la sociedad actual, así como sus límites e incluso los peligros derivados de su deficiente concepción y aplicación.

El principio de oportunidad, a pesar de no ser una invención nueva en el derecho procesal penal, en la literatura en lengua española no ha

tenido un desarrollo claro. En efecto al referirse al mismo siempre se mezclan indistintamente situaciones de terminación anormal y/o de discrecionalidad de los operadores judiciales, lo que ha dado lugar a multitud de equívocos. Casi todas estas explicaciones dan pie a que los críticos de la institución arremetan contra la misma al considerarla arbitraria, atentatoria de los derechos fundamentales y sin garantías. Para contraponerla, argumentan que la única opción para garantizar un procedimiento penal garantista es la aplicación de un principio de legalidad procesal estricto. Sin embargo esta argumentación parte de una premisa falsa. Y es que se argumente que el principio de oportunidad es una institución ajena a los procesos penales del sistema del *civil law*. Pero el punto es que el principio de oportunidad es intrínseco a cualquier proceso penal moderno. No así el principio de legalidad procesal. Este último es una quimera irreal, es una institución idealista. Y sabemos que lo ideal es peligroso, no es inocuo como muchos dicen, sino que es perjudicial porque impide realizar las reformas. Aleja las leyes de la realidad y evita que los usuarios se den cuenta de que no es posible seguir defendiendo una institución que no se puede soportar ni teórica ni prácticamente, básicamente porque su aplicación no es posible. Sin embargo no ha sido fácil entender ni qué es realmente el principio de oportunidad, ni por qué existe en nuestros sistemas procesales penales, ni mucho menos por qué debe ser aceptado. De ahí la necesidad de realizar el presente estudio.

En consecuencia, la presente investigación pretende ser un aporte al debate jurídico sobre el principio de oportunidad. La perspectiva desde la cual se presenta esta contribución es positiva frente a este principio, en la medida en que se demuestra que su existencia se justifica por la necesidad de ajustes en los sistemas penales para una mayor eficacia y el requerimiento de una implementación adecuada de los postulados del derecho material. Desde esta perspectiva, se establece un diálogo entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad que pretende mostrar su complementariedad antes que su disyuntiva, en la medida en que se desarrollan sus puntos de encuentro y sus vínculos. Así mismo, se postulan dos elementos fundamentales

que conformarían el principio de oportunidad: la culpabilidad mínima y la falta de interés público. La idea es responder y entender el porqué de su existencia, tratar de explicar por qué es intrínseco a los sistemas procesales penales herederos de la familia del *civil law*. Una vez se tenga claro lo anterior, proponer cómo debe ser entendido y estructurado, para engranar así de forma adecuada la persecución penal.

Para ello se desarrolló la presente investigación principalmente dentro del ámbito de la historia y el desarrollo legislativo de la República Federal de Alemania.

Existen dos razones para optar por ese método. En primer lugar, la opción por el método histórico se acogió deliberadamente dado que las introducciones al sistema penal se deben entender como una mezcla no solo teórica sino soportada en acontecimientos dentro de la evolución de las sociedades.

Ello se ve con claridad cuando se analizan ciertas instituciones centrados exclusivamente en los problemas actuales y se critican las mismas con esa única visión, sin tener en cuenta las particularidades y problemas con los que se contaba en el momento en que se creó. También es necesario, porque se tiene que entender con claridad y dentro del desarrollo del proceso penal moderno, el cual fue desarrollado en los territorios de la actual República Federal de Alemania. La razón e importancia de esta decisión radica en que este país ha venido liderando la evolución del proceso penal y de las necesidades de la investigación. Ello implicó la apuesta por el estudio concienzudo de las situaciones de otros países y la evaluación de los mismos, con el fin de engrandecer y nutrir a sus propias instituciones, lo que conlleva modificaciones profundas a las bases de la justicia penal en aras de una modernización y de dar respuesta a las situaciones que se han venido presentando.

En concreto el entendimiento sobre la existencia de criterios de disposición de la acción penal en países del *civil law* de tendencia legalista ha sido abanderado por Alemania desde mediados del Siglo XIX, fruto del análisis crítico de sus instituciones, de la atención de los

problemas en sus estructuras y de la búsqueda de soluciones satisfactorias más allá de sus fronteras. Como consecuencia de esas inquietudes fue que se introdujo, dentro de la discusión científica, el concepto del principio de oportunidad, como forma de superar las carencias de la defensa de un principio de legalidad procesal rígido. El principio de legalidad también fue producto de una situación histórica particular y cumplió su objetivo ampliamente, pero se convirtió en un obstáculo en materia procesal penal y por ende tuvo que ser superado. Esta situación se explica, igualmente, en el presente trabajo. En general, esta forma de actuar de Alemania ha sido modelo para los países occidentales. En España, por su parte, la situación se halla en una fase embrionaria en lo que al análisis crítico y superación de estructuras antiguas se refiere. El problema radica en que las estructuras se niegan a evolucionar. El modelo procesal penal está caduco, necesita reformas desde su propia estructura y es deber de los investigadores proveer de herramientas para generar propuestas de cambio. Este es el primer paso al que se suma un segundo paso compuesto por el momento político-histórico y la voluntad del legislador de avanzar en la modernización de las estructuras. Este segundo paso no es una tarea fácil. De hecho, esta investigación ha querido mostrar como en el país estudiado, Alemania, el primer paso se dio mucho tiempo, quizá demasiado, antes de que el segundo paso se diera.

El análisis se estructura de la manera siguiente. El primer capítulo aborda la incorporación del principio en los sistemas legales de los países hispanoamericanos y en España, y muestra su funcionamiento en las diferentes legislaciones teniendo en cuenta la estructura que lo soporta y su regulación. El segundo capítulo se centra en el aspecto histórico de la institución, particularmente su génesis en Alemania, y se vincula con el surgimiento del ministerio público, así mismo, se realiza una presentación de la actualidad de la institución en el país germano. El tercer capítulo asume propiamente la disyuntiva entre el aumento de la criminalidad y la escasez de recursos del sistema judicial; el análisis presenta las soluciones extremas de la persecución de la

totalidad de casos penales y la descriminalización, y explora las diferentes alternativas disponibles ante la congestión de la justicia, distinguiendo la etapa investigativa, donde se encontraría propiamente el principio de oportunidad, y la etapa de juicio. El cuarto capítulo consiste en el desarrollo conceptual en profundidad del principio de oportunidad, adecuado a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho. El quinto capítulo, derivado del anterior, presenta de forma simultánea tanto la posición de algunos autores, según la cual, la función del principio de oportunidad sería la de hacer palpable la justicia material mediante la respuesta diferenciada, como el acoplamiento del principio de oportunidad al sistema penal. Por último, el capítulo sexto se concentra en la defensa del principio de oportunidad, para ello, expone las diversas críticas hechas al mecanismo desde distintos puntos de vista y las responde, al mismo tiempo, justifica la pertinencia de la institución desde el sistema penal y el análisis económico del derecho.

La novedad del principio de oportunidad en contextos como el español reta las tradiciones jurídicas que postulan una irrestricta aplicación del principio de legalidad, por lo que es urgente un entendimiento juicioso de los fundamentos y mecanismos de funcionamiento del primero, de modo que resulte familiar para los distintos actores del proceso penal, y de esta manera, cumpla su objetivo de alcanzar una justicia ágil y eficaz. En el mismo sentido, se requiere una cabal comprensión de este recurso jurídico, en la vía de lograr la conciliación de las necesidades de justicia de la población, conseguir la prevención del delito y descongestionar el sistema teniendo en cuenta la limitación de recursos. A primera vista, estos objetivos parecen excluyentes, no obstante, este estudio demuestra las posibilidades concretas de acuerdo de estas diversas necesidades, sin sacrificar los fundamentos legales.

Desde otro lugar, una potente justificación de la aplicación del principio de oportunidad es que permite la concentración de los esfuerzos del aparato judicial en la persecución de delitos graves y con alto impacto social, pues facilita resolver casos relacionados con

delitos menores en las etapas iniciales del proceso penal, con lo cual se liberan recursos del sistema que pueden destinarse a investigar y juzgar los casos graves. Así, estudios como el que aquí se presenta contribuyen, desde el campo jurídico y mediante el conocimiento y la aplicación del principio de oportunidad, a la resolución de importantes problemas sociales.

PRIMERA PARTE

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA
ACTUALIDAD

CAPÍTULO 1

LA IRRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS SISTEMAS PENALES HISPANOAMERICANOS Y EN ESPAÑA

El principio de oportunidad se ha extendido particularmente en los sistemas penales hispanoamericanos por la necesidad de mejorar los resultados de la justicia penal y, por ende, su eficacia, y al mismo tiempo, por la necesidad de proteger las libertades que caracterizan a un Estado de derecho. Ello ha ido de la mano de las reformas introducidas en todas las estructuras jurídicas con el fin de modificar sus sistemas de tendencia inquisitiva hacia sistemas con tendencia adversarial, situación que se presentó a partir de la última década del siglo XX de manera progresiva¹.

Estas modificaciones se han venido implementando de manera paulatina por lo que aún no es posible determinar con exactitud si cumplieron con los resultados esperados. Se buscaba mejorar las condiciones del investigado en el proceso, volver más eficiente este último, disminuir la falta de transparencia, reducir a sus justas proporciones la detención preventiva y hacer frente a las altas tasas de delincuencia sumadas al aumento de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía.

En este capítulo expondré cuáles son las circunstancias actuales del proceso penal con los cambios introducidos a este, así como cuáles son las causales introducidas por los países referidas al principio de oportunidad.

¹ Sobre el movimiento reformador, véase: LANGER, *Revolución*, pp. 16 y ss.

I. PANORAMA DEL PROCESO PENAL EN LOS PAÍSES HISPANOAMERICANOS

En los sistemas procesales penales de los países hispanoamericanos, zona con una marcada influencia del proceso mixto francés, es posible afirmar que su orientación ha tendido siempre por el intento de alcanzar teóricamente un cumplimiento pleno del principio de legalidad procesal. Pero teniendo en cuenta la incapacidad de realizarlo fielmente, muchos colapsaron. Este colapso y su consecuente crisis, perfectamente común dentro de la evolución jurídica, se presenta principalmente a raíz de dos situaciones que desencadenan, a su vez, otras tantas situaciones. Estas son, a saber: el carácter estático del proceso penal y la sobrecarga de la administración de justicia.

El primer problema tiene que ver con el hecho de que el proceso, tal como ha sido concebido, se torna inadecuado para actuar contra la criminalidad cada vez más organizada, pues está constituido por estructuras rígidas que no tienen en cuenta ni el desarrollo de la criminalidad, ni la proliferación de sus distintas manifestaciones. A esto se suma el hecho de que actualmente el proceso penal es la herramienta para solucionar una serie de problemas que le son ajenos, por lo que siempre colapsa. Por estos motivos, el proceso se ha considerado insuficiente para responder adecuadamente a situaciones que literalmente se le salen de las manos.

El segundo problema, que también es consecuencia del primero, es la congestión del sistema penal. Esto lleva a que los recursos escasos con los cuales cuenta la administración de justicia se dispersen en infinidad de aplicaciones de modo que, en conjunto, no se vea su existencia. Ello trae, además, como consecuencia, que el proceso no se desarrolle en un plazo razonable, lo que conduce a dilaciones indebidas y a la violación de las garantías de las personas inmersas en este.

Adicionalmente, genera la búsqueda de herramientas para paliar esta situación. Aquí aparece el fenómeno de la selectividad, presente durante todo el desarrollo de un proceso penal, e incluso desde antes

de este, pero por lo general, dejado en un segundo plano. En relación con este fenómeno, es posible decir que, por lo general, en el procedimiento penal se presenta un proceso de selección intrínseco. Esto se da desde fuera del sistema, cuando no llega al conocimiento de las autoridades, o dentro del sistema mismo.

Nos encontramos ante el primer caso cuando la víctima del delito no tiene conocimiento de su condición como tal. Existe también la posibilidad de que no considere necesario denunciar el ilícito, ya sea por la escasa entidad que supone este para ella, o porque no tiene conocimiento de que esa situación sea constitutiva de delito. Estos casos se dan principalmente en relación con los delitos menores. También puede suceder que la víctima, a pesar de conocer la existencia del delito y de creer necesaria su denuncia, tenga una opinión negativa o desfavorable de la administración de justicia y de su funcionamiento, por lo que considere inútil poner en conocimiento de las autoridades la comisión del hecho o, en todo caso, lo vea como una pérdida de tiempo.

En efecto, solamente una pequeña parte de todos los hechos punibles cometidos llegan al conocimiento de la autoridad, por lo que, de facto, ya se carece de una persecución de todos los hechos punibles, en contravía con el principio de legalidad, lo que se ha denominado comúnmente como la *cifra negra*. El caso es que nunca será posible tener una radiografía entera de esta cifra negra. De hecho, autores como Popitz opinan incluso que ello no sería deseable, ya que el conocimiento de la verdadera cifra de todas las transgresiones de la ley podría poner en duda la vigencia misma del derecho formal². Y los casos que son conocidos por el sistema entran en un proceso de

² El tamaño de la cifra negra está en gran parte condicionado por la disposición de denuncia de la población, por las personas que serían afectadas o no por el hecho. El tamaño general de la información primaria de la policía sobre los hechos punibles cometidos ingresa por denuncias; donde la disposición de denuncia fracasa, amplía la cifra negra y, por eso, se genera la anulación del principio de legalidad, sin que la autoridad de persecución policial pueda oponer perentoriedad. Sobre ello, véase: POPITZ, *Über die Präventivwirkung*, pp. 9 y ss., 36; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 199. DIEKMANN/PRZEPIORKA/RAUHUT, en *ZfS* (2011), pp. 74 y ss.

selección que pasa por una serie de etapas que poco o nada tienen que ver con la responsabilidad del autor. En dichas etapas las decisiones son absolutamente discrecionales y se tienen en cuenta aspectos tan diversos como el estrato, la raza o el sexo del procesado, cuestiones relativas al delito, la conducta de la víctima, problemas relativos a la prueba, entre otros³. Señala Popitz que dicha selección es necesaria para el mantenimiento de un sistema normativo: “Si son demasiados los que son puestos en la picota, no solo perderá la picota la capacidad de infundir terror, sino también el quebrantamiento de la norma su carácter excepcional” y, por ende, el derecho penal perdería toda credibilidad⁴.

El segundo caso, dentro del sistema mismo, es cuando, a pesar de llegar los hechos al conocimiento de las autoridades, es decir, luego de ser denunciados, no se incorporan dentro del sistema penal, es decir, entran a su conocimiento pero no permanecen en el sistema. Son los casos en los que las autoridades que reciben la *notitia criminis* consideran que no se debe seguir, o la policía, al ser encargada de la averiguación preliminar, aplica directamente la selectividad, enfocándose en determinados ilícitos en desmedro de otros. Esta decisión, que es en últimas la que más afecta la selectividad propiamente en sede penal, se realiza principalmente según el parecer del funcionario encargado, muchas veces debido al gran volumen de trabajo que tiene, pero en cualquier caso, sin ningún soporte legal.

También es necesario mencionar los casos aún más irregulares dentro del sistema. Estos se refieren a los eventos en los cuales se dejan de perseguir los delitos debido a influencias externas, ayudas económicas y, en general, a intromisión en algunos casos ilegal y en todo caso abiertamente irregular. Y, claro está, adicionalmente se contarían los casos que dejan de entrar al sistema por simple

³ STRATENWERTH, *Derecho penal*, pp. 29 y ss.

⁴ POPITZ, *Über die Präventivwirkung*, p. 17; DIEKMANN/PRZEPIORKA/RAUHUT, en ZfS (2011), pp. 79 y ss.

negligencia, o bien del funcionario que recibió la denuncia para su trámite, o bien en las averiguaciones posteriores.

Lo único claro es que en todos los casos en los que se aplica el criterio de selectividad mencionado está ausente cualquier tipo de control jurídico, político o incluso económico y, por ende, no existe ninguna regulación legal. Pero no cabe duda de que su existencia es absolutamente necesaria para posibilitar un funcionamiento, no diré que óptimo, del sistema. En estas circunstancias es que el legislador y, más que él, la conjunción de los poderes públicos, debe propender por la superación de las estructuras clásicas en el desarrollo del proceso penal, pues lo que se busca es contar con un proceso eficaz pero que, al mismo tiempo, sea respetuoso de las garantías y de las libertades propias de un Estado social de derecho. En suma, que el proceso, tal como está concebido, arroje los resultados que se esperan de este.

Ahora bien, en la administración de justicia penal la policía y el ministerio público son compañeros cercanos y ambos juegan roles cruciales. La policía está a cargo de investigar los delitos reportados. Esta es una tarea monumental, debido al incremento constante no solo del número de los delitos sino de su complejidad. Por ello, la policía nunca sería capaz de encargarse de todos los delitos. Debido a la limitante, tanto en personal como en recursos financieros, las prioridades deben ser establecidas expresa o tácitamente. Cuando la policía misma decide sobre tales prioridades, al mismo tiempo determina el flujo de casos que llegan a los despachos de los fiscales del ministerio público. Por su parte, el ministerio público toma la decisión de perseguir o archivar un caso y al decidir esto, determina el flujo de casos que llega ante los tribunales. La inexistencia de pautas objetivas, establecidas legislativamente, que permitan conscientemente y no por imposición fáctica, o por el criterio subjetivo del funcionario, determinar qué hechos ameritan pasar a juicio, cuáles no deben ser sustraídos a la esfera del derecho penal, afecta necesariamente el derecho a la igualdad ante la ley.

Cuando la brecha entre el número de violaciones a la ley y el número de reacciones de las agencias encargadas de administrar justicia se vuelve muy amplia, los objetivos de disuasión y aplicación uniforme de la ley no son logrados adecuadamente. Esto trae, entre otras consecuencias, un descrédito aún mayor de la administración de justicia, con la consecuente tendencia de los ciudadanos a tomar la administración de justicia por sus propias manos.

Conscientes de esta situación, los países hispanoamericanos desde finales del siglo XX han venido introduciendo modificaciones sustanciales a sus sistemas procesales penales: la primera consiste en la introducción, para aquellos países que aún no lo tenían, o la consolidación, en aquellos que lo habían introducido pero con características del proceso inquisitivo, del ministerio público, con la consecuente eliminación del juez instructor, de la mano de la modernización del proceso penal a uno de corte adversativo. La segunda es el fortalecimiento de la etapa de investigación, lo que implica dotar de cierta discrecionalidad al ministerio público para acometer la criminalidad.

1. MINISTERIO PÚBLICO

Fue solo hasta hace unas pocas décadas que el ministerio público llegó a asentarse como figura en los países hispanoamericanos. Actualmente es posible afirmar que en todos los Estados occidentales existe una agencia encargada de perseguir aquellos comportamientos que constituyen un delito, aunque no necesariamente tiene la misma estructura organizacional o similares poderes y funciones. Para este trabajo la denominaremos *ministerio público*, y a sus funcionarios, *fiscales*. Igualmente es diversa su posición en la organización estatal. Eso sí, todas tienen su estatuto orgánico y están conectadas por lo general con el ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, son parte del judicial o se han creado como órganos autónomos⁵. Podemos decir

⁵ Así, por poner algunos ejemplos relevantes, en España es un órgano que coopera con la administración de justicia; en Chile es un órgano autónomo — artículo 1 Ley

que está encargado del cuidado del derecho en el proceso penal. Se considera que en el proceso judicial equilibra la balanza de la separación de poderes, ya que junto con el tribunal, cada uno con su función específica, cumplen en la jurisdicción penal la tarea propia del sistema jurídico⁶.

En cuanto a lo relacionado con la posición del ministerio público y su estructura organizacional, lo primero que se observa es su particular situación de permanente búsqueda de un balance entre la independencia política y una habilidad para hacer cumplir uniformemente las políticas dentro del sistema de justicia penal. El ministerio público está estructurado de una manera gerencial y jerárquica⁷, es decir, que los funcionarios del ministerio público están vinculados a las órdenes de sus superiores aunque mantienen una cierta independencia en la toma de decisiones dentro del marco que se les establece⁸. Al mismo tiempo, las autoridades fiscales tienen el deber de asegurar que los procedimientos sean justos para todas las partes. Y debido a que la mayoría de los ministerios públicos no tienen ningún

Orgánica Constitucional del Ministerio Público); en Colombia hace parte de la rama judicial, con autonomía administrativa y presupuestaria (artículo 249 Constitución Política); en Argentina, en el orden federal, es un órgano “extra poder”, independiente, autónomo (artículo 120 Constitución Nacional) y a nivel de provincias puede ser autónomo e independiente o pertenecer a la rama; en México se integra al ejecutivo federal (artículo 102 a. Constitución Política).

⁶ Sin embargo, esta consideración está referida únicamente a los sistemas en que el ministerio público depende del poder ejecutivo, lo que genera que sea la contraparte necesaria frente al tribunal. Sobre su pertenencia al ejecutivo, véase: MOLINA LÓPEZ, *La conformidad*, pp. 127 y ss.; ROXIN, en *DRiZ* (1997), p. 109; BVerfGE 32, 216; BVerfG NJW 2001, 1123; BVerfG NStZ 2002, 211.

⁷ MOLINA LÓPEZ, *La conformidad*, pp. 139 y ss. Para Alemania, véase su regulación: §§141 a 152 GVG.

⁸ Y en los países en que pertenece al poder ejecutivo, el ministerio público se supedita también a las instrucciones del ministro de justicia o su par. KRAMER, *Grundbegriffe*, pp. 86 y ss. Esto se analizará más adelante.

aparato propio de ejecución⁹, se encarga la labor de las investigaciones a la policía bajo el mando del ministerio público¹⁰.

Adicionalmente, en la mayoría de los países, el ministerio público se encuentra sometido tanto a la ley como a directrices internas. En algunos, adicionalmente recibe directrices externas. En cuanto a las directrices internas, consecuencia lógica de los principios de unidad y dependencia jerárquica, estas se refieren a la posibilidad de que le sean dadas instrucciones generales y específicas a los fiscales a través del fiscal general o del superior, según la organización del ministerio público, para así dirigir la política criminal general¹¹. En relación con las directrices externas, se refieren a aquellos países en los cuales el ministerio público está relacionado con el poder ejecutivo, de manera que existe una dependencia institucional¹². En esos países el ministerio público actúa bajo la supervisión del ministerio de justicia, que puede crear directrices-guía sobre cómo deben ser realizadas las funciones de persecución y sobre decisiones relacionadas.

1.1 Etapa de investigación

Los sistemas procesales penales de los países hispanoamericanos son muy similares porque estos hacen frente a problemas similares. Estos problemas incluyen recursos limitados, presiones políticas, el conflicto entre la ley general aplicable y el deseo por la equidad para el caso específico y la tendencia por reformas a aumentar delitos y penas, a nivel penal, y, a nivel procesal, en la etapa de la investigación, a hacer frente al alto volumen de trabajo.

⁹ Para aquellos que tienen órganos de investigación propios, en todo caso la policía es la que conoce de primera mano el hecho delictivo, por lo que realiza actos urgentes e inmediatos y da cuenta de estos al ministerio público. Y adicionalmente, por más que tengan órganos de investigación, ellos no son suficientes por lo que debe hacer uso de la policía para determinados casos.

¹⁰ Véase supra, capítulo III.

¹¹ Para algunos, véase: NEHM, en FS *für Meyer-Gößner* p. 277.

¹² En aquellos países en que el ministerio público está relacionado con el poder judicial, el ministerio es una institución independiente con total autonomía funcional.

En general, en lo que tiene que ver con el procedimiento de investigación sabemos que se inicia gracias al conocimiento de la comisión de un hecho, con características de ser catalogado como *delito* por el ministerio público directamente, por denuncias, o por remisión de la policía, entre otros.

Legalmente, la etapa investigativa tiene como primer propósito revisar si la inicial sospecha que lleva al ministerio público a iniciar una investigación se ha endurecido para proveer suficiente sospecha de un delito. En otras palabras, la pregunta es si al presentar la acción pública es probable que conduzca a una condena. De este modo, esta etapa también dispone procedimientos principales para evitar que una sospecha de un delito sea infundada. Junto a esta revisión, donde hay una sospecha inicial, la etapa de investigación sirve para recolectar evidencia que luego será usada en el procedimiento principal. El tribunal está excluido de esta etapa en gran medida. Su participación solo será necesaria cuando se tomen decisiones de usar ciertas medidas para asegurar evidencia o cuando otras medidas específicas de investigación sean necesarias y estas deban ser ordenadas o realizadas por un tribunal; o cuando el ministerio público utilice sus poderes de flagrancia y ello deba ser aprobado *post facto*. Excepto en los casos urgentes, el tribunal se convertirá solamente en parte activa con pedido del ministerio público.

Dentro de la evolución de los sistemas penales, la realidad del proceso penal ha variado sustancialmente, ya que mientras antes el juicio era visto como la parte cumbre del proceso penal, paulatinamente esta realidad ha variado para darle un papel trascendental a la etapa de investigación. Sin embargo, esta sensación de preeminencia del juicio oral aún existe en la ficción popular, así como en la conciencia de la población lega. Pero en realidad, es una especie en peligro de extinción, al convertirse en un fenómeno menor. Por su parte, la importancia fáctica de la etapa investigativa ha venido aumentando progresivamente, no solo porque es la que fija los postes decisivos para la trayectoria del juicio oral, sino porque en esta etapa se

decide el camino procesal de los casos que entran del sistema, la mayoría de los cuales no terminarán en juicio oral.

1.2 Ministerio público como director de la investigación

El ministerio público como figura autónoma encarnaría al acusador que garantizaría la característica principal de un proceso adversarial¹³.

Ello a pesar de que es un órgano que, como ya se mencionó, en la mayoría de los países depende del ejecutivo y tiene como característica definitoria conformarse como un cuerpo jerarquizado, buscando una uniformidad en las actuaciones de los fiscales que lo conforman, que en últimas redundan en el afianzamiento de la seguridad jurídica.

Dicha función ha supuesto dotar de toda una serie de herramientas a este ente acusador, dado que se le dio un papel preponderante en el proceso. Ello se manifiesta principalmente en la etapa de investigación donde tiene un doble papel de director de investigaciones y de encargado de definir el rumbo de estas, ya sea ejerciendo la acción penal o archivando el proceso¹⁴.

En relación con la acción penal, actualmente en la mayoría de los países hispanoamericanos existe una primera diferenciación entre la acción penal pública y la privada¹⁵. Cuando la acción penal es pública, su ejercicio está en cabeza exclusivamente del ministerio público, ya sea de oficio o bien con el requisito previo de la denuncia de la víctima. Cuando la acción penal es privada, corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito.

¹³ GIMENO SENDRA, “La reforma de la LECRIM”, pp. 23 y ss.

¹⁴ MESTRE ORDÓÑEZ, *La discrecionalidad*, pp. 59 y ss, 234.

¹⁵ A excepción de Venezuela. En Colombia, mediante Acto Legislativo se modificó la Constitución con el fin de introducir la acción privada, pero se encuentra pendiente de modificación normativa. “Acto legislativo 6 de 2011 [...] Art. 2 [...] PARÁGRAFO 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación”.

En cuanto a la dirección de la investigación, ello implica un control desde el mismo momento en que se tenga conocimiento de la probable existencia de un delito de acción pública, es decir, de aquellos que son perseguibles de oficio, donde debe no solo evitar que se siga cometiendo el hecho, sino también proporcionar apoyo a las víctimas y a los testigos; impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, huellas o vestigios del hecho, así como los instrumentos, objetos o productos del delito; individualizar a los presuntos autores y partícipes; saber qué personas fueron testigos; exigir información de parte de todos los órganos estatales y hacer uso de una serie de medidas coercitivas; y, en general, todo aquello que considere conducente al esclarecimiento de los hechos, impidiendo al mismo tiempo que se dificulte la averiguación. Todo lo anterior para fundamentar la acusación o determinar el sobreseimiento.

Estas funciones, por regla general, las realiza junto con la policía.

Los organismos que cumplen funciones de policía judicial actúan bajo la dirección y coordinación del ministerio público. Lo anterior conlleva el cumplimiento obligatorio por parte de los funcionarios y agentes policiales de todas las órdenes relativas a la investigación de los hechos punibles emitidas por el ministerio público. Por ende, no está facultada la policía para revocar o modificar la orden emitida ni puede retardar su cumplimiento.

En todo caso, los miembros de la policía tienen la obligación de rendir un informe al ministerio público sobre las actuaciones realizadas dentro de la investigación de un hecho delictivo, así como llevar un control y seguimiento de estas y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Y, adicionalmente, el ministerio público tiene la facultad de impartir instrucciones generales adicionales al respecto, si así lo considera. En síntesis, la policía, a pesar de tener un acceso directo a las situaciones materia de investigación, depende por entero de la conducción del ministerio público de la investigación. En este actuar los funcionarios de policía

están sujetos al principio de legalidad en todas sus actuaciones¹⁶, por lo que deben proceder de manera rigurosa y uniforme¹⁷, de tal suerte que teóricamente existe la orden de que todas las sospechas iniciales que lleguen a conocimiento de la policía y que revistan las características de ser comportamientos relevantes criminalmente deben ser investigadas¹⁸.

El ministerio público en su papel de director le corresponde de manera exclusiva la dirección, coordinación y control jurídico de las actividades de investigación del delito que desarrolle la policía y las que realicen otras instituciones que colaboran con las funciones de investigación.

Durante esta etapa la función del ministerio público radica en buscar todo lo necesario para la determinación del hecho con el fin de establecer si se está ante un delito, en lo que se denomina la *investigación preparatoria*. En el desarrollo de esta función el ministerio público está obligado a actuar con objetividad, por lo que no puede ser considerado como una parte dentro del proceso penal¹⁹, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad, sino también las circunstancias que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del investigado. Y durante esta etapa, en general, tanto para la investigación de los delitos como para el ejercicio de la acción penal, el ministerio público goza de plena independencia.

Una vez realizada la correspondiente investigación, el fiscal la valorará con el fin de examinar si es posible con el material que cuenta ejercer y sustentar la acción penal pública ante los tribunales correspondientes, proceder al archivo, aplicar una solución diferenciada que ponga fin al proceso o solicitar al juez de conocimiento el sobreseimiento de las investigaciones.

¹⁶ DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, p. 152.

¹⁷ DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, pp. 154 y ss

¹⁸ DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, pp. 154- 172 y ss.

¹⁹ Sobre ello, véase: PFEIFFER, en *FS für Rebmann*, p. 362.

El deber de interponer la acción pública solo surge luego de que el fiscal haya analizado todos los elementos para pensar que existe probable responsabilidad del investigado en el caso particular. Establecer esa probable responsabilidad abarca dos categorías de cuestiones y ambas requieren finos y perspicaces exámenes: uno relacionado con las cuestiones de los elementos probatorios, y el otro con el derecho penal material. Desde el primero, el fiscal sopesa tanto el conocimiento potencial de material probatorio y su admisibilidad y evalúa la probabilidad de condena. Desde el segundo considera si la presunta conducta satisface el requisito de responsabilidad penal.

2. LA POLICÍA²⁰

La policía actúa principalmente de dos maneras. De un modo preventivo para rechazar los peligros, garantizar la seguridad y el orden público amenazados, y de un modo represivo para la persecución de los delitos y faltas, o más generalmente para perseguir actividades ilegales.

En relación con la segunda actividad policial, es necesario considerar que en este sentido se sustenta únicamente en la comisión de delitos, por lo que las otras funciones y los principios que las soportan, no tienen cabida en esta función y, por ende, la actividad policial solo se rige por el código de procedimiento penal. Esto es importante, ya que muchas veces se confunden²¹ las funciones de la policía y sobre todo sus facultades de discrecionalidad, las cuales, sin ninguna duda, las tiene, pero en los ámbitos de prevención y control del orden público, más no en lo que a la actividad judicial se refiere²².

²⁰ AMBOS/MALARINO, en *ZStW* (2004), pp. 515 y ss; DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, pp. 152 y ss.

²¹ Sobre el problema de la confusión aparente en las funciones policiales, véase: RINGWALD, en *ZRP* 1988, pp. 181 y ss.; WOLTER, *SK StPO* §151 nm. 163.

²² KNEISEL, en *ZRP* (1987), pp. 377, 378.

El principio de legalidad es la concretización del principio del Estado de derecho y, por ende, las funciones policiales propias de la policía pero ajenas a los fines del proceso penal no pueden limitarlo²³. De hecho, la tensión que se ha generado entre el derecho procesal penal y el derecho de policía pone de manifiesto la diferencia de los procedimientos que debe realizar la policía y muestra cómo las fronteras entre sus funciones en el ámbito de la investigación y de la prevención de delitos tienden no solo a desdibujarse, sino a complejizar su entendimiento, desde el punto de vista del empleo del derecho convencional. Esto se ha agudizado con la ampliación tanto del concepto de *peligro* como del sistema de seguridad de las sociedades contemporáneas²⁴; ambas desempeñan un rol en las tasaciones sobre los objetivos del derecho penal del riesgo en menoscabo de las barreras inmanentes de sistema del procesamiento penal, dejando al derecho penal clásico con una existencia limitada en tanto no interfiera con las estrategias policiales²⁵.

3. SITUACIÓN ACTUAL DEL SOBRESIMIENTO Y EL ARCHIVO DE PROCESOS

En este trabajo se profundizará específicamente en el archivo de la investigación. Sin embargo, es necesario hacer una primera diferenciación con el sobreseimiento o preclusión de la investigación, con el fin de aclarar las diferencias de estas instituciones, ya que ambas tienen como finalidad terminar el proceso en la etapa de investigación, aunque con distintas consecuencias.

En efecto, el archivo es una orden dictada por el fiscal que no hace tránsito a cosa juzgada, es decir, puede revocarse ante el surgimiento de nuevos elementos probatorios. Por su parte, el sobreseimiento es

²³ SCHMIDT-JORTZIG, en *NJW* (1989), pp. 129 y ss, 136 y ss.

²⁴ WOLTER, *SK StPO* §151 nm. 158.

²⁵ Aunque es claro que ello debe permitirse en tanto que no debe ir nunca en desmedro de la actividad jurídica de los penalistas y procesalistas y menos aún estas estrategias policiales pueden alterar al sistema penal y de procedimiento penal.

un auto proferido por el tribunal competente, previa solicitud del fiscal encargado y que, una vez en firme, hace tránsito a cosa juzgada.

Las situaciones en las cuales se aplica el sobreseimiento son las siguientes:

- La imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
- La existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal (causas de justificación y de exculpación).
- La inexistencia del hecho investigado.
- La atipicidad del hecho investigado.
- La ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
- La imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
- El vencimiento del término máximo previsto.
- La extinción de la acción penal.

Por su parte, los casos en los que es viable la aplicación del archivo son aquellos en los cuales:

- No existen elementos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal.
- No aparecieren antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.
- No se hubiere individualizado al presunto responsable de la comisión del hecho o no existan posibilidades razonables de hacerlo.
- Estando individualizado el presunto responsable, no existan suficientes elementos de prueba para incriminarlo.

- Los elementos de prueba resulten insuficientes para fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos.

La importancia del archivo es que es una decisión autónoma del fiscal, a diferencia del sobreseimiento que debe ser pedida por el fiscal pero que la emite el tribunal competente. Y ello por cuanto con el sobreseimiento opera una especie de sentencia que termina de una vez por todas con el proceso. Las situaciones en las que opera muestran claramente que son casos en los cuales no hay lugar para desarrollar un proceso y, por ende, deben ser terminados de una manera definitiva.

Los casos arriba mencionados que dan lugar al archivo se explican en la medida en que son situaciones que se presentan durante el desarrollo propio de la investigación y que, o bien como en el caso del sobreseimiento muestran que la situación fáctica investigada no compete al derecho penal, o bien se presentan inconvenientes dentro de la misma investigación que evitan que esta llegue a buen término.

Sin embargo, ha surgido un nuevo tipo de archivo en los sistemas procesales penales hispanoamericanos que se explica por razones de política criminal en la medida en que la situación es de la órbita del derecho penal y, en principio, no hay obstáculos para desarrollar una investigación que culmine con elementos suficientes para soportar la interposición de la acción penal.

Este tipo de archivo se denomina *principio de oportunidad* y se desarrollará en la siguiente parte de este capítulo.

II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el procedimiento penal impera el denominado *principio de legalidad*, según el cual, el ministerio público debe intervenir en todas las situaciones en las que existan indicios de que un delito se ha cometido, tan pronto como tenga conocimiento de manera efectiva y

rápida²⁶. Este principio se considera como parte fundamental de un Estado constitucional²⁷. Esta intervención se materializa con la introducción del procedimiento de la investigación que se debe realizar teóricamente contra cada situación en que se presenten las mismas condiciones de sospecha de la comisión de un delito y, según dicho principio, ineluctablemente debe conducir a una acusación efectiva²⁸. La idea que sustenta la adopción de este principio es la unidad y la igualdad en el empleo del derecho, garantizando un manejo objetivo y equitativo del procesamiento penal, situación que no se presentaría con una selección arbitraria²⁹.

Sin embargo, la realidad dista enormemente de la teoría y los postulados en que se sustenta el principio de legalidad difícilmente se pueden llevar a la práctica en nuestros sistemas penales³⁰. No es posible actualmente sostener una regla obligatoria de persecución tan implacable que a un fiscal se le exija presentar procesos penales en cada caso.

La aceleración, reducción de gastos, eficiencia y justicia del caso son los tópicos con los cuales se justifica legislativamente la ampliación en el empleo de archivos de procedimiento en el proceso penal. La discreción en la persecución significa el poder de declinar, o más bien, de decidir aquellos casos que se impulsarán y los que no, aunque sean casos de probable responsabilidad penal. En los países hispanoamericanos, con algunas excepciones menores, el ministerio público tiene un monopolio sobre el proceso penal, lo que le permite tratar situaciones de una manera diferente, ateniéndose al principio de

²⁶ SCHOREIT, en *DRiZ* (1989), p. 259.

²⁷ PERDOMO TORRES, en *CPC 94* (2008), p. 143.

²⁸ ARMENTA DEU, *Sistemas procesales*, pp. 196, 205, 213, 221, 228.

²⁹ Es un prerrequisito básico para la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley: la garantía de que todos los que trasgreden la ley sean perseguidos y ningún delito permanezca impune, lo que redundará en una mayor confianza de los ciudadanos en las instituciones y, en particular, en la administración de justicia.

³⁰ DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, p. 179. PERDOMO TORRES, en *CPC 94* (2008), p. 145; HASSEMER, en *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, p. 532.

oportunidad³¹, que permite renunciar a la persecución penal, a pesar de contar con indicios reales sobre la comisión de una conducta que tiene las características de ser delictiva, por ejemplo, en caso de acciones insignificantes o a causa de intereses prioritarios del bienestar común. Se trata de decisiones con base en el hecho específico, lo que en últimas son conceptos de derecho que dejan cierta libertad de movimiento de apreciación en caso de su empleo.

Con esta solución no se pretende generar una validez excepcional del principio de legalidad³², sino generar la posibilidad de crear una respuesta acorde del Estado ante la existencia de un hecho punible dependiendo de sus características particulares, de manera que se optimicen los escasos recursos con que cuenta la administración de justicia. Para evitar que las excepciones pasen a ser la regla, los distintos legisladores han establecido un catálogo de estándares expuestos para que el ministerio público aplique la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

1. REGULACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN PAÍSES HISPANOAMERICANOS

A continuación se enunciarán los supuestos de aplicación del principio de oportunidad vigentes en las legislaciones de los sistemas penales americanos, con el fin de dar una primera aproximación.

³¹ BENAVENTE CHORRES, *Los criterios*, pp. 17 -1152; DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, pp. 212-216; FORERO RAMÍREZ, *Aproximación*, pp. 147 y ss.; MESTRE ORDÓÑEZ, *La discrecionalidad*, pp. 205 y ss.; MOLINA LÓPEZ, *La conformidad*, 157 y ss.; MORENO BRANDT, *El proceso penal*, pp. 77 y ss.; PALACIOS DEXTRE/GUILLERGA, *El principio de oportunidad*, pp. 38 y ss., 86 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA/ANDRADE FERNÁNDEZ, en *Justicia* (2012), pp. 253 y ss.; VÁSQUEZ RIVERA/MOJICA ARAQUE, *Principio de oportunidad*, pp. 57 y ss.

³² POTT, *Ausserkraftsetzung*, p. 41.

1.1 Casos de insignificancia absoluta

El principal supuesto de aplicación del principio de oportunidad es aquel relativo a la insignificancia absoluta.

La mayoría de los países americanos han establecido en sus ordenamientos, con menores modificaciones, este supuesto de aplicación que se puede sintetizar de la siguiente manera: es posible aplicar el principio de oportunidad cuando se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe, que no afecte gravemente el interés público³³.

Algunas legislaciones exceptúan de su aplicación aquellos casos en que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas³⁴. Algunas otras establecen ciertos límites de las penas de los delitos para su aplicación³⁵.

1.2 Casos denominados de “pena natural”

Otro supuesto, presente en la mayoría de las legislaciones es el relativo a la pena natural, que se da en aquellos casos en los que el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una pena³⁶.

³³ CPP Modelo para Iberoamerica, artículo 230; CPP Bolivia, artículo 21.1; CPP Colombia, artículo 324.12; CPP Chile, artículo 170; CPP Costa Rica, artículo 22 a); CPP El Salvador, artículo 18.2; CPP Guatemala, artículo 25.4; CPP Honduras, artículo 28.1; CPP Perú R. N° 1470-2005-MP-FN, artículo 2.b y c; CPP República Dominicana, artículo 34.1; CPP Venezuela, artículo 38.1. En Bolivia, Guatemala, Honduras y Perú se requiere que se haya reparado el daño.

³⁴ Así, en Chile, Costa Rica, El Salvador, Perú, República Dominicana y Venezuela.

³⁵ De esta forma, Chile, Honduras, Perú, República Dominicana y Venezuela, aunque difieren en el monto de la pena límite. En el caso de Colombia se establece un procedimiento adicional en caso de delito con pena superior a seis años.

³⁶ CPP Bolivia, artículo 21.2; CPP Colombia, artículo 324.6; CPP Costa Rica, artículo 22 c); CPP El Salvador, artículo 18.3; CPP Honduras, artículo 28.3; CPP Nicaragua,

1.3 Casos de insignificancia relativa

Se contempla también el supuesto de la aplicación del principio de oportunidad en aquellos delitos que no tienen gran relevancia en comparación con otros delitos realizados por el mismo procesado. Se trata de casos en los cuales se considera que la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta o a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones pendientes³⁷.

En estos casos, por regla general, se considera eliminar de una investigación aquellos hechos accesorios no esenciales para poder dedicar sus esfuerzos a lo que se consideraría más relevante del hecho delictivo.

1.4 Casos relacionados con extradición

Según este supuesto, se aplicará el principio de oportunidad cuando quiera que la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada³⁸.

artículo 59.2; Perú R. N° 1470-2005-MP-FN, artículo 2.a; CPP República Dominicana, artículo 34.2; CPP Venezuela, artículo 38.3.

³⁷ CPP Bolivia, artículo 21.3; CPP Costa Rica, artículo 22 d); CPP El Salvador, artículo 18.4; CPP Honduras, artículo 28.4; CPP Nicaragua, artículo 59.3; CPP República Dominicana, artículo 34.3; CPP Venezuela, artículo 38.4.

³⁸ CPP Bolivia, artículo 21.5; CPP Colombia, artículo 324.2; CPP Costa Rica, artículo 22 d); CPP El Salvador, artículo 18.4; CPP Nicaragua, artículo 59.3; CPP República Dominicana, artículo 34.3; CPP Venezuela, artículo 38.4.

Colombia y Bolivia añaden el caso de la solicitud de extradición a causa de otra conducta punible³⁹ y, claro está, siempre y cuando sea procedente la extradición.

1.5 Casos con cuestiones prejudiciales

Los países americanos no han considerado las cuestiones prejudiciales como supuestos de aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, esta cuestión es abordada en algunas leyes procesales, razón por la cual, se tomó en cuenta para exponer las consideraciones de oportunidad de estos países.

Si la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual, según la ley, debe ser resuelta en un proceso independiente, el ejercicio de la acción penal se suspenderá hasta que en la otra jurisdicción recaiga sobre esta sentencia firme⁴⁰.

Su fundamento es que sobre determinadas cuestiones se pronuncien los órganos especializados y evitar decisiones contradictorias; impedir que el proceso se utilice bien como medio para presionar, bien como instrumento para preparar el proceso civil o administrativo.

1.6 Casos donde haya testigos de la corona o algún procesado colabore para que no se siga cometiendo el delito

Existen dos posibilidades en las que la persona procesada puede ser beneficiada con la aplicación del principio de oportunidad. Ambas exigen un comportamiento activo del individuo:

- i. En el primer caso el comportamiento consistirá en un compromiso de servir como testigo de cargo contra los demás procesados. En este evento los efectos de la

³⁹ CPP Colombia, artículo 324.3; CPP Bolivia, artículo 21.5.

⁴⁰ CPP Argentina, artículo 10; CPP Chile, artículo 71; CPP Costa Rica, artículo 21; CPP El Salvador, artículo 30; CPP Guatemala, artículo 291; CPP Nicaragua, artículo 52; CPP Uruguay, artículo 24, 52 y ss.; CPP Venezuela, artículo 36.

aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio⁴¹. En Honduras solo se aplica para los autores o cómplices del delito de encubrimiento.

- ii. En el segundo caso se requiere que el procesado colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita⁴².

Guatemala y Honduras lo circunscriben a delitos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta protagonizada por grupos o bandas de delincuentes, o de delitos graves⁴³.

2. EL CASO ESPAÑOL

Por su parte, en España actualmente no existe principio de oportunidad dado que el ministerio público está sujeto estrictamente al principio de legalidad.

El fiscal tiene el ejercicio de la acción penal según el artículo 124 de la Constitución española (CE) pero no su monopolio. También la

⁴¹ CPP Modelo para Iberoamerica, artículo 230.4; CPP Colombia, artículo 324.5; CPP Guatemala, artículo 25.6; CPP Honduras, artículo 28.5, CPP Venezuela, artículo 40.

⁴² CPP Colombia, artículo 324.4; CPP Costa Rica, artículo 22 b); CPP El Salvador, artículo 18.1; CPP Honduras, artículo 28.2; CPP Nicaragua, artículo 59.1; CPP Venezuela, artículo 40.

⁴³ CPP Guatemala, artículo 25.6; CPP Honduras, artículo 28.5.

puede hacer el acusador particular y el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) atribuye el ejercicio de la acción penal a todo ciudadano español, que se denomina el *acusador popular*.

En cuanto a la instrucción es competencia del juez de instrucción e inspección directa del ministerio público. En el momento del cierre de esta, el propio el juez de instrucción la realiza y remite los autos a la audiencia donde se resuelve sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio⁴⁴.

Sin embargo, conscientes de la necesidad de desarrollar un nuevo proceso penal, se han venido creando anteproyectos cuyo rasgo esencial es la atribución de la instrucción penal al ministerio fiscal, garantizando la neutralidad del juez, junto con la estructura de tipo adversarial⁴⁵.

El última de estos se elaboró gracias a que mediante el Acuerdo de Consejo de Ministros del 2 de marzo del 2012, se creó una comisión institucional para elaborar un borrador de Anteproyecto de una nueva LECrim. La Comisión presentó en el 2013 la propuesta de texto articulado de ley de enjuiciamiento criminal. Sin embargo, al parecer, en la presente legislatura no se convertirá en proyecto de ley, no solo por las circunstancias políticas y económicas actuales, sino también porque el Gobierno sí ha iniciado los trámites de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se mantiene la instrucción en cabeza de los jueces.

En todo caso, por el avance que significa la última propuesta, se mencionarán algunos aspectos relacionados con la investigación y el principio de oportunidad. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento

⁴⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, *Principios rectores del proceso penal*, pp. 15 y ss. En el procedimiento abreviado es el juez de instrucción quien resuelve sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio.

⁴⁵ Sobre la necesidad de una reforma ya se había pronunciado BACIGALUPO, *El debido proceso penal*, pp. 199, 205, 211; GIMENO SENDRA, Vicente, “La reforma de la LECRIM”, pp. 35 y ss., 46.

Criminal contempla otorgar al ministerio público la dirección de las investigaciones penales.

Pero esto no implica que el ministerio público tenga el monopolio de la acción penal, ya que la víctima podría constituirse en parte acusadora. Y, adicionalmente, se autoriza a cualquier ciudadano a ejercer la acción popular, pero de forma un poco más limitada a como ocurre actualmente, en el entendido de que solo se aplicaría para aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos, delitos de corrupción en el sector público, delitos contra intereses difusos y electorales.

Ahora bien, en cuanto a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal que se le ha venido dando al ministerio público y que se ha denominado el *principio de oportunidad*, en el Anteproyecto español se consideraron las siguientes causales:

[...] Artículo 91.- Motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad

1.- Podrá sobreseerse la causa por motivo de oportunidad en los siguientes casos:

1. Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias.

Si el delito se imputare a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.

2. Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.

3. Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso.

4. Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.

5. Cuando el autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.

6. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público [...].

Como se observa, mantiene una estrecha similitud con las causales que los sistemas penales incorporaron a sus ordenamientos respectivos.

III. ENTENDIMIENTO EN HISPANOAMÉRICA Y ESPAÑA SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. EN ESPAÑA

En la literatura española, al indagar sobre el principio de oportunidad, lo primero que se encuentra es la estrecha vinculación que se le endilga con el principio de legalidad. Claro, no podía ser de otra manera, siendo como es, una consecuencia de este, lo que repercute en su emparentamiento. De tal suerte que dentro de sus definiciones se considera que ambos principios son, o bien opuestos, antagónicos dentro del sistema procesal, o bien complementarios.

En efecto, en la doctrina mayoritaria, al principio de oportunidad se lo concibe sencillamente como toda excepción al principio de legalidad y a su correlativa obligación de ejercicio de la acción penal⁴⁶. Se considera que existe una dicotomía entre la legalidad y la oportunidad, de tal suerte que el principio de oportunidad vendría a ser “la contraposición teórica del principio de legalidad”. Puesto que la contradicción del principio de legalidad con el de oportunidad

⁴⁶ BERZOSA FRANCOS, “Los principios de legalidad y oportunidad”, p. 17.

depende de la forma como se regula en determinado ordenamiento jurídico, si la regulación es amplia e imprecisa, fácilmente se podría concretar el quebrantamiento del principio de legalidad⁴⁷.

También se considera esta oposición en clave de ruptura, definiendo el procesamiento penal como creado estructuralmente según puntos de vista de utilidad que serían establecidos atendiendo al principio de oportunidad. Ello por cuanto al ministerio público se le concede discrecionalidad sobre si presenta o no la acusación.

De otro lado, existen autores para los cuales el principio de oportunidad complementa el principio de legalidad, al ser parte integral de este. Según esta idea, el principio de oportunidad tendría una naturaleza supletoria al de legalidad, en supuestos legalmente establecidos, en tanto que el principio de legalidad aseguraría la unidad e igualdad en la aplicación del derecho contra una aplicación arbitraria.

Adicionalmente, ya sea que se considere como complemento o como contrario, al principio de oportunidad se le suele denominar como *oportunidad reglada*⁴⁸ por algunos autores, hispanohablantes principalmente, para diferenciarlo de aquellos casos en los cuales la discrecionalidad no se encuentra reglamentada en la ley y es establecida al arbitrio del ministerio público⁴⁹. De esta manera, la “oportunidad reglada” vendría a ser el establecimiento de una serie de presupuestos legalmente establecidos para disponer del ejercicio de la acción penal, que se encuentra a disposición de los titulares. Así las

⁴⁷ ARMENTA DEU, *Lecciones*, p. 34. LLOBET RODRÍGUEZ, *Derecho procesal penal*, p. 294.

⁴⁸ En contra de esta expresión, véase: ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, p. 211; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*; BERZOSA FRANCOS, “Los principios de legalidad y oportunidad”, p. 17; RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad reglada”, p. 391. DELGADO BARRIO, “El principio de oportunidad en el proceso penal”, p. 314. Se refiere al “principio de selección reglada”. DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, pp. 194.

⁴⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *PJ VI*. (1989), pp. 32; DE LA OLIVA SANTOS, en *TJ 1* (1997), p. 17; DUCE/RIEGO, *Proceso penal*, pp. 186-194.

cosas, el concepto de *oportunidad* se legaliza y, por ende, se vuelve aceptable hablar de *oportunidad*.

Paralela a esta concepción, se desarrolla aquella que trata de integrar al principio de oportunidad mediante la división entre principio de legalidad y principio de obligatoriedad de la acción penal. De esta manera, el principio de oportunidad sería el opuesto al de oficialidad de la acción penal, pero no afectaría el principio de legalidad, pues el ministerio público se ampara en las causales legales para aplicar esa discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. En suma, cuando la ley le permite al ministerio público no ejercitar la acción penal, está actuando legalmente, es decir, cumple con el principio de legalidad y se adecua a este, pero no así al principio de obligatoriedad. Si la ley prevé el principio de oportunidad, el ministerio público actúa legalmente. Se trata de una oportunidad reglada o sujeta a criterios de objetividad, al tiempo que se prohíbe al ministerio público adoptar decisiones diversas en una misma categoría de casos⁵⁰.

Junto a esta relación inicial, con el principio de legalidad existe un problema relativo a la falta de certeza del contenido del principio de oportunidad⁵¹. Así las cosas, existen diversas posturas sobre sus elementos que se pueden sintetizar como sigue.

Se ha considerado que lo pueden aplicar todo tipo de sujetos, sean públicos o privados⁵²; otros autores consideran que únicamente lo

⁵⁰ Finalmente, un grupo minoritario lo entiende como un intento válido del derecho por realizar la necesaria selección de hechos punibles que debe perseguir según criterios racionales, acordes con las metas políticas que persigue el ejercicio de poder penal del Estado.

⁵¹ ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, p. 210, señala como un riesgo cierto dejarlo vacío de contenido.

⁵² Lo que incluiría a la víctima. Sobre ello, ESCANILLA PALLAS, “El principio de oportunidad reglada”, p. 597.

pueden aplicar el juez y el fiscal⁵³; y, finalmente, están quienes consideran que debe ser aplicado exclusivamente por el fiscal⁵⁴.

La idea de la aplicación en cabeza del fiscal implica que este no cumpla con su deber de ejercitar la acción penal en todo hecho aparentemente delictivo, y en cuanto al juez, para los autores que amplían su aplicación a este sujeto, que este deje de velar por el desarrollo del proceso penal a tenor de la legalidad vigente⁵⁵. Su aplicación por el fiscal se daría, según un sector doctrinal, a través de la conformidad⁵⁶; otro sector lo considera teniendo en cuenta el criterio de la conveniencia, que permitiría considerar que el término *procedente* del artículo 105 de LECrim. permitiría la no persecución de determinados hechos⁵⁷; en una depuración de su posición, Gimeno Sendra considera viable una triple posibilidad en manos del fiscal: la conformidad, instar al sobreseimiento o retirar la acusación⁵⁸; y hay autores que consideran que el ministerio público puede o bien no incoar el proceso penal, con base en las manifestaciones establecidas en el propio Código Penal⁵⁹, o bien solicitar la finalización anticipada del procedimiento ya iniciado, acudiendo para ello a la conformidad.

Esto último implica que varios autores consideren la conformidad como una manifestación del principio de oportunidad, aunque ello

⁵³ Ello al considerar que, por ser opuesto al principio de legalidad, excluye a los particulares. Véase: ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, pp. 185, 208; TINOCO PASTRANA, en *CPC* 63 (1997), p. 721; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, p. 42; GIMENO SENDRA, en *PJ* II (1988), pp. 34, 35.

⁵⁴ Esta es la posición que actualmente sigue GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, pp. 187,188; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El principio de oportunidad”, pp. 52, 58; RODRÍGUEZ/CONTRERAS, en *Justicia* (2006), p. 60.

⁵⁵ ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, p. 208.

⁵⁶ GIMENO SENDRA, en *PJ* II (1988), pp. 35, 36 y ss., 48; GONZÁLEZ CANO/ROMERO PRADAS, “El principio de oportunidad reglada”, p. 719.

⁵⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *PJ* VI. (1989), p. 29. En contra de esta posición, véase: RUIZ VADILLO, “El principio de oportunidad reglada”, p. 405.

⁵⁸ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, pp. 188 y ss.

⁵⁹ Artículo 171.3, en casos en los cuales se amenaza de revelar o denunciar la comisión del agún delito, y 191.1, en caso de agresiones acoso o abusos sexuales, donde la fiscalía defiende los legítimos intereses del Código Penal español.

implique la terminación del proceso sin la correspondiente sanción establecida en la ley⁶⁰.

2. EN LOS PAÍSES HISPANOAMERICANOS

En los países americanos las discusiones sobre la introducción del sistema acusatorio y, consecuentemente, del ministerio público y de la disposición de la acción penal se realizaron de manera decidida desde la década de los noventa del siglo pasado. Langer explica que las causas mediatas de estos cambios son las transiciones a la democracia en muchos países latinoamericanos en los últimos veinte años del siglo XX, lo que implicó un mayor reconocimiento de los derechos humanos y las altas tasas delictivas de la zona, junto con problemas de corrupción y de fallas en la administración de justicia⁶¹.

Y como causas inmediatas para la introducción de procesos penales de corte acusatorio en casi toda la región⁶², la consolidación de los grupos académicos que se formaron durante la segunda mitad del siglo XX, principalmente en Argentina, y que lideraron, junto con la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés), esos cambios en los sistemas judiciales. Efectivamente, los argentinos Alberto Binder y Julio Maier ayudaron al surgimiento de una red latinoamericana, que Langer denomina “red de expertos activistas”⁶³, la cual promovió, junto con USAID, el

⁶⁰ A favor de considerarlo así, véase: GONZÁLEZ CANO/ROMERO PRADAS, “El principio de oportunidad reglada”, p. 719; BARONA VILAR, *La conformidad*, p. 222; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, p. 189, como una de las posibilidades, como ya se mencionó; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, p. 44.

⁶¹ LANGER, *Revolución*, pp. 17 y ss.

⁶² A excepción de algunas provincias argentinas, Uruguay, Brasil, Panamá y Cuba, véase: LANGER, *Revolución*, p. 17.

⁶³ LANGER, *Revolución*, p. 37.

reemplazo de códigos procesales inquisitivos por códigos con tendencia acusatoria⁶⁴.

Por ende, el hecho de la misma introducción del principio de oportunidad no tuvo mayores discusiones. A partir de su plasmación en los ordenamientos de los países americanos, su entendimiento va de la mano de las plasmaciones legislativas.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que los países americanos presentan una triple influencia. En primer término, de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), en segundo término, de los Estados Unidos de América y, finalmente, de la doctrina española.

En cuanto a Alemania y su ordenamiento jurídico, es necesario tener en cuenta que el mismo sistema procesal penal alemán recibió, a su vez, influencia del *common law* y, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el influjo del sistema judicial norteamericano en Alemania Occidental. La influencia del *common law*, como se verá más adelante, permitió que parte de los autores alemanes estudiaran los desarrollos de su sistema judicial desde una perspectiva menos apegada a un estricto principio de legalidad procesal. Y la influencia del sistema norteamericano, en la segunda mitad del siglo XX, proporcionó herramientas para la discusión sobre la entrada de mecanismos de terminaciones anormales del procedimiento como el archivo condicional, la justicia negociada y la terminación anticipada del procedimiento, principalmente. Ello es importante, ya que permite entender la situación misma por la que se daba la influencia del sistema alemán en los demás países en la medida en que determinó el proceso de cambios en los sistemas judiciales y el entendimiento de algunas instituciones procesales. Específicamente, el entendimiento del principio de oportunidad está mediado por la legislación alemana, que en 1974 introdujo el §153a StPO, y por la discusión sobre la justicia negociada en Alemania. De esta forma, en los países de la región se introdujo el principio de oportunidad en sus legislaciones, utilizando principalmente la StPO y las causales allí establecidas.

⁶⁴ LANGER, *Revolución*, pp. 36 y ss.

En cuanto a la influencia norteamericana, esta se presenta desde una dimensión económica principalmente, y política, en relación con los intereses estadounidenses en el hemisferio. Langer expone como esta doble influencia se da mediante la financiación, el desarrollo de proyectos y la capacitación de funcionarios judiciales, para el fortalecimiento de las reformas acusatorias. Sin embargo, ello se realiza mediante dos instituciones principalmente, USAID y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que tienen visiones no siempre coincidentes. Así, mientras USAID busca un fortalecimiento institucional de los países de la región, principalmente mediante la adopción de códigos de corte acusatorio, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos busca la eliminación de actividades delictivas casi que exclusivamente en países de la región que puedan afectar los intereses estadounidenses⁶⁵. Ello incide en la forma como están establecidas algunas causales del principio de oportunidad, relativas a criminalidad organizada y a las facultades otorgadas al ministerio público⁶⁶. Y, adicionalmente, incide en la forma de entender el principio de oportunidad, ya que, si bien es cierto que la principal influencia es la StPO alemana, las capacitaciones a los funcionarios judiciales, a la policía y a los fiscales se han venido realizando por agencias estadounidenses, por lo que el entendimiento del principio de oportunidad se ve solapado por la discrecionalidad propia del fiscal estadounidense en la figura del *plea bargaining*.

En relación con la influencia española, el hecho de estar esta doctrina tan fuertemente ligada al estricto entendimiento del principio de legalidad procesal hace que lea instituciones como las del principio de oportunidad en esta clave, de tal suerte que el principio de oportunidad que se justifica por la doctrina es entendido exclusivamente en referencia a la terminación anticipada del proceso penal y a las facultades dadas al ministerio público, consideradas

⁶⁵ LANGER, *Revolución*, pp. 42 y ss.

⁶⁶ Ello se ve principalmente en la manifestación del principio de oportunidad relativa a la criminalidad organizada presente en países de América Central.

discrecionalidades que afectan el desarrollo del proceso mismo y que están prohibidas dentro del ordenamiento jurídico español, excepción hecha de lo establecido legalmente, como es el caso del artículo 171.3 del Código Penal Español (CPE)⁶⁷. De esta forma, la influencia que se ha venido presentando es principalmente de tipo crítico por parte de los autores españoles que se han pronunciado respecto a esta institución.

De esta manera, el principio de oportunidad se ha entendido de manera amplia como todo aquello que enmarca la terminación anormal del proceso penal y la discrecionalidad del ministerio público, lo que incluye acuerdos, negociaciones, conformidades, acuerdos reparatorios con la víctima y, claro está, el ejercicio de la acción penal con o sin condiciones.

En consecuencia, el ánimo de este trabajo es aclarar un poco a partir de las diversas respuestas dadas dentro de los sistemas penales para aliviar la persecución penal, cuál se enmarca dentro del principio de oportunidad. Para ello, considero de la mayor importancia estudiar cómo se presentó la introducción tanto del ministerio público como del principio de oportunidad en el sistema legal alemán, ya que ello permitirá empezar a entender el porqué existen tan variadas concepciones sobre el principio de oportunidad, cómo fue posible introducirlo en un sistema apegado al principio de legalidad procesal y, finalmente, cómo está regulada actualmente esta figura en la StPO alemana, en la medida en es la fuente principal de la cual bebieron todas las legislaciones hispanoamericanas.

⁶⁷ Que establece la posibilidad dada al ministerio fiscal de abstenerse de acusar por un delito cuya revelación se hubiere amenazado para facilitar el castigo de la amenaza.

CAPÍTULO 2

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ALEMANIA

A partir del siglo XIX se consolidaron los procedimientos penales modernos y con ellos surgió la posibilidad de disposición de la acción penal. En Alemania, la introducción de dicha posibilidad se dio como contrapeso tanto a la teoría de la legalidad procesal como a la práctica de la selección. El principal criterio de disposición es el principio de oportunidad. Por ello, se analizará su introducción en Alemania, no solo en el siglo XIX, sino desde entonces hasta el presente. En el desarrollo de esta primera parte será un actor de la mayor relevancia un órgano del Estado encargado de la persecución penal, es decir, el ministerio público, ya que es este el que puede disponer del ejercicio de la acción penal.

En cuanto al principio de oportunidad, se estudiará el concepto desde su creación. Lo anterior, debido a que es fundamental entender la historia de su creación, cómo surgió esta figura en la literatura penal y procesal penal, qué era lo que se pretendía enmarcar dentro de esta definición, por qué se creó con ese nombre, con qué motivos, cómo fue su desarrollo y para qué fin, pues esto permitirá entender un poco mejor el concepto mismo de *principio de oportunidad*.

Preliminarmente es posible decir que en el territorio de lo que hoy conocemos como la *República Federal de Alemania*, se generó una creciente evolución en el proceso penal durante el siglo XIX que supuso la superación del proceso inquisitivo. La ruptura con ese proceso pudo realizarse en las primeras décadas de dicho siglo, no solo gracias a la reacción política⁶⁸, con una influencia directa de lo que

⁶⁸ Un completo estado de la cuestión se puede ver en BINDING, *Grundriß des Gemeinen*, pp. 19 y ss.

ocurría en Francia y de todo el movimiento ilustrado que surgió a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, sino también gracias al entendimiento de que una función de persecución fusionada con la de enjuiciamiento perjudicaba al acusado y al proceso penal⁶⁹. La primera mitad de este siglo fue un tiempo de discusiones intensas sobre la reforma del procedimiento penal. Los temas debatidos, objeto de reformas, habían sido proporcionados durante el siglo anterior y las soluciones se basaban, sobre todo, en el *Code d'Instruction Criminelle* francés de 1808 aunque, en parte, se recurría a instituciones de derecho alemán⁷⁰. La influencia del modelo procesal francés se basaba no solo en sus elementos modernos, sino también en el hecho de que ya había permeado el proceso penal en aquellas regiones alemanas que habían permanecido bajo el dominio francés hasta el Congreso de Viena, sobre todo en el margen izquierdo del río Rin. Interesaba en estas discusiones, principalmente, la estructura del procedimiento de investigación y la existencia de un ministerio público⁷¹, así como la mejora de la posición del acusado y la consolidación de los derechos de defensa⁷². Estos intereses en el proceso estaban cargados de una

⁶⁹ Solo un juez equipado con capacidades sobrehumanas puede mantenerse igual en su función de decisión libre de la influencia sugestiva de sus propias actividades de pesquisas e investigaciones. Véase: SCHMIDT, *Lehrkommentar*, p. 197.

⁷⁰ Aunque en todo caso habían ciertas consideraciones en la doctrina relativas al modelo procesal inglés que, sin embargo, no se pudieron imponer. Sobre ello, véase: MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, 1851, *passim*.

⁷¹ Lo que trajo a su vez una ardua discusión sobre su ubicación institucional, teniendo en cuenta que la reciente división de los poderes propuesta durante la Ilustración, establecía una independencia entre estos que se puso en entredicho con la creación de una figura como el ministerio público, considerada desde un principio como dependiente del poder ejecutivo. Junto con esta discusión, se produjo la relativa a la existencia o no de poderes discrecionales del ministerio público durante la investigación. Para ver toda la discusión, que perdura hasta la actualidad, revítese, entre otros, HEGMANNNS, en *GA* (2003), pp. 433 y ss.; ROXIN, en *DRIZ* (1997), pp. 110 y ss.; DI FEDERICO, en *RDPI* Anno III, pp. 144 y ss.

⁷² Además, la exigencia de la abolición de la tortura, la necesidad de independencia judicial y la reserva de los jueces, la oficialidad y la oralidad en un proceso público. Sobre todo lo anterior, véase: ALBER, *Die Geschichte*; pp. 18 y ss., 117 y ss.; HABER,

gran fuerza política, lo que explica, en parte, los profundos cambios de la época. Las conexiones o correspondencias entre el sistema político y el sistema de procedimiento penal se encuentran presentes en estos cambios aunque, por regla general, no son aceptadas abiertamente⁷³. Así, por ejemplo, la necesidad de un procedimiento penal público tenía una fuerte connotación política. En efecto, ello mostraba la influencia del liberalismo político y del constitucionalismo, algo que se vio reflejado en lo que se denominó el *constitucionalismo temprano* (*Frühkonstitutionalismus*)⁷⁴. Y desde luego, con la misma introducción de un ministerio público ajeno al órgano judicial dentro del desarrollo del proceso penal, que implantaba una lógica de confrontación entre los, apenas consolidados, poderes públicos.

En todo caso, este cambio radical en la situación procesal penal se empezó a gestar a partir de la segunda mitad del siglo XVIII⁷⁵, como respuesta general a los graves abusos que se cometieron en los procedimientos penales de la Edad Media⁷⁶. Se tornaba urgente alejarse de los principios que lo fundamentaban⁷⁷ y de sus métodos; junto con los desarrollos vertiginosos en el campo del conocimiento y

en *ZStW* (1979), p. 590; MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht*, 1845. *passim*.

⁷³ Por ejemplo, la exigencia de la independencia judicial y el hecho de reservar las afectaciones a los derechos de los procesados exclusivamente en cabeza de los jueces, tenían una fuerte relación con la constitución de los nuevos Estados y con la separación de poderes.

⁷⁴ El cual se observa con la creación de constituciones en Baviera (1818), Baden (1818) y Würtemberg (1819), aunque se debe mencionar que estas constituciones solo otorgaban poderes consultivos a las cámaras.

⁷⁵ DE CRUZ, *Comparative law*, pp. 64 y ss.; JESCHECK, *Tratado*, p. 85; MAURACH, *Tratado*, p. 54; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, pp. 226 y ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, T.1, pp. 247, 296 y ss.

⁷⁶ HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, pp. 518 y ss., 531. Sobre la crisis del proceso inquisitivo, véase: HÜLS, *Polizeiliche und staatsanwaltliche*, pp. 14–17; KÖBLER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, p. 161.

⁷⁷ Se buscaba abandonar la tortura, instaurar las penas privativas de la libertad en lugar de las penas corporales y generar conciencia sobre la proporcionalidad de las penas. En suma, humanizar el proceso. VORMBAUM, *Einführung*, pp. 28 y ss., 32.

la consolidación de un derecho público, fueron las causas de la creación de los cimientos de un proceso penal moderno⁷⁸.

De esta forma, la evolución consistió en el paso de un sistema con marcada influencia del derecho romano y, por ende, ajeno a las necesidades propias del proceso penal⁷⁹, pasando por un sistema inquisitivo, preocupado por la búsqueda de la verdad⁸⁰ y por servir de herramienta para mantener al pueblo oprimido⁸¹, para terminar finalmente con la conformación de sistemas procesales penales de corte acusatorio.

Este cambio fue paulatino y pasó por un largo periodo en el cual se hizo necesario primero fortalecer las garantías fundamentales mínimas para las personas inmersas en un proceso penal. Y no podía ser de otro modo, ya que únicamente cuando estuvieran cimentadas estas garantías era posible entrar a desarrollar y a dilucidar las particularidades del proceso penal. Ante el arbitrio feudal, la creación de un procedimiento judicial sustentado en reglas minuciosas fue una conquista de la burguesía ascendente⁸². Cuanto más rígidas fueran las

⁷⁸ Véase en ALBER, *Die Geschichte*, pp. 19 y 20. La primera discusión detallada sobre la necesidad de un juicio oral y público en la que se analizan sus ventajas y desventajas procede de Ernst Ferdinand Klein, quien redactaría más tarde la parte penal del derecho general prusiano de 1794. Véase: SCHRÖDER, *Rechtsgeschichte*, p. 80. En general, se presentaban cada vez más voces que propugnaban por un procedimiento público. Véase: ALBER, *Die Geschichte*, pp. 18 y ss.; también, EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, nm. 359.

⁷⁹ JESCHECK, *Tratado*, p. 83; MAURACH, *Tratado*, p. 50; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, pp. 221 y ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado T.1*, pp. 292 y ss., 700 y ss.; LANGBEIN, *Prosecuting crime*, pp. 129 y ss.; DE CRUZ, *Comparative law*, pp. 58, 62 y ss., 82 y ss.; DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes*, nm. 29.

⁸⁰ RÜPING/JEROUSCHEK, *Grundriß*, p. 42 nm. 84; SCHMIDT, *Einführung*, §70, p. 86.

⁸¹ MÜLLER, *Leviathan 1977*, pp. 522 y ss. muestra mediante un análisis detallado de la aún joven evolución jurídica, cómo el principio de la búsqueda de la verdad se ha manejado, en algunos casos, pasando sobre los derechos de los acusados o simplemente renunciado a estos, de forma estricta, para conseguirla.

⁸² DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes*, nm. 31, 41-46.

normas que regularan el procedimiento, tanto más cierto sería el derecho del ciudadano sometido a juicio⁸³. Recuérdese que para el ciudadano corriente los tribunales penales siempre habían sido algo enigmático y terrible⁸⁴, por lo que la actitud de la ciudadanía hacia el proceso penal y todo lo que perteneciera a este no era la mejor⁸⁵.

Durante este proceso y fruto de la Revolución francesa⁸⁶, se presentó también la consolidación de un derecho público como entidad autónoma. Con ello se dio un avance trascendental, dado que se consagró el paso de la gestión privada de los conflictos al monopolio del control del orden público por parte del Estado⁸⁷. Y este

⁸³ JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, T.1, pp. 315 y ss.; LOSANO, *Los grandes*, pp. 136 y ss.; FERRI, *Los nuevos horizontes*, p. 330. Pero este proyecto de creación de un proceso minucioso y de un orden de magistrados independientes y su profesionalización fue interrumpido momentáneamente por la Revolución francesa, pues esta se sustentaba en la desconfianza hacia toda aristocracia o casta social, y consideraba exclusivamente la preponderancia del pueblo, por lo que se implantó la institución del jurado, como existía en Inglaterra, al contemplar que de esta forma se podría evitar cualquier tipo de tiranía en el proceso penal. Igual ocurrió en Alemania, donde se buscaba garantizar el ejercicio de la justicia criminal igualitaria. Los profanos servirían de contrapeso a los especialistas jurídicos en la investigación del derecho. Hay que decir, sin embargo, que esta reticencia duró poco, y en los años siguientes se siguió con la continuación del proyecto. Véase: HATTENHAUER, *Los fundamentos*, pp. 61 y ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, T.1, p. 317 y ss.

⁸⁴ No solo por el hecho de la tortura, sino porque su ejecución se realizaba en público por motivos de intimidación, despertando sentimientos negativos en el pueblo. Adicionalmente, las pruebas eran secretas incluso para el condenado, y figuras como el denunciante desconocido tuvieron un papel preponderante hasta el siglo XVIII. Véase: HATTENHAUER, *Los fundamentos*, pp. 59 y ss.

⁸⁵ HATTENHAUER, *Los fundamentos*, p. 61.

⁸⁶ En Alemania Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) fue considerado como el creador del derecho estatal prusiano, influenciado por las ideas de reforma francesas. Véase: KÖBLER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, pp. 164, 174 y ss, 176; KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Deutsche Juristen*, pp. 289 y ss.; KERN/ROXIN, *Strafverfabrensrecht*, §73. En 1796 se diseñaba una nueva ordenanza procesal, en la cual la audiencia principal del procedimiento era pública. Véase: WOLF, *Große Rechtsdenker*, p. 457.

⁸⁷ DE CRUZ, *Comparative law*, pp. 77 y ss.

proceso de modernización, que comportaba estructuras organizacionales de poder, se sostenía en una normativa general, creada no solo dentro de un proyecto político centralizado, sino, además, acompañada de un proceso de reeducación del pueblo en la nueva cultura jurídica. Junto a ello, con el principio de igualdad y con la garantía del principio de legalidad, se sometía la actividad judicial al control público y a la ley preexistente, algo que modificó fundamentalmente el proceso penal. Y, adicionalmente, se empezaron a entender algunas garantías de los derechos humanos en el ámbito del derecho penal material⁸⁸.

Dentro de todos estos cambios sobresalía el ingreso en escena del ente que en adelante se encargaría de representar el interés general en el proceso penal: el ministerio público. Su introducción conllevó no solo a considerar la nueva posición relevante del juez, en su papel únicamente decisorio, dejando la instrucción a otro actor procesal, sino también el traslado de la acción penal en cabeza de alguien distinto del juez⁸⁹. En relación con el encargado de la acusación dentro de los procesos penales, luego de que desde su consolidación en el sistema acusatorio este fuera particular⁹⁰, se empezó a gestar poco a poco la irrupción de la acusación oficial. Desde entonces, con la entrada del acusador público, se empezó a perfilar la justicia penal, y a tratar de hacer efectivas aquellas garantías que tanto se habían discutido. Pero ello llevaría un largo trayecto de desarrollo del proceso y de sus instituciones, y un entendimiento de la finalidad de este. Adicionalmente, ello comportaría la necesidad de establecer cuáles

⁸⁸ Desde entonces, por ejemplo, el delito dejó de ser considerado como idéntico al concepto de *pecado* y fundado en lo ético-religioso. Ya no tendrían nada que ver entre sí desde que existiera una ley igualitaria.

⁸⁹ DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systems*, nm. 47, 48 y ss. y 52. Además, un paso decisivo en el ámbito penal material fue la evolución de las penas corporales hacia la concretización de la pena privativa de la libertad.

⁹⁰ La acusación particular se había ido desgastando principalmente porque la víctima muchas veces no tenía la perseverancia necesaria para acompañar todo un proceso penal, por lo que o bien no iniciaba la acusación respectiva o en medio del proceso la dejaba a la deriva.

habían de ser las funciones del ministerio público y su importancia en los procesos penales contemporáneos.

La evolución procesal penal de instituciones como la del ministerio público establecieron las garantías procesales que aún hoy son el estandarte de la justicia penal, si bien es cierto que para llegar a ello fue necesario que se ensayaran distintas funciones para los actores procesales. Esto es lo que se desarrollará a continuación, junto con un acercamiento al nacimiento del principio de oportunidad, tal como lo conocemos actualmente, el cual va estrechamente ligado tanto al surgimiento del moderno servicio de persecución pública y su función dentro del proceso penal como a la sobrecarga del sistema penal⁹¹.

En suma, lo que en este capítulo se intentará mostrar es que la evolución lógica del proceso y su evolución política confluyen, dado que finalmente las reformas, aunque con un tinte político, tienen en su conformación un sustento teórico y han sido meditadas por los especialistas, algo que, en todo caso, no evita que la introducción de las reformas genere todo tipo de críticas y fricciones políticas.

I. ESTADO DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA ALEMANIA DEL SIGLO XIX

En territorio alemán había una influencia francesa que aumentó con la Revolución de julio de 1830⁹². En general, durante ese tiempo existía una disparidad de codificaciones que se movían entre la tendencia inquisitiva y la tendencia acusatoria, la cual finalmente predominó en casi todo el territorio germánico hacia mediados del siglo XIX⁹³.

⁹¹ ARMENTA DEU, *Criminalidad*, pp. 52 y ss.; ROXIN, en *DRiZ* (1997), p. 109.

⁹² HILGEMANN, *DTV- Atlas, Tomo. II*, p. 49; ALBER, *Die Geschichte*, pp. 18 y ss.; ELLING, *Die Einführung*, pp. 64 y ss.; CARSTEN, *Die Geschichte*, p. 25.

⁹³ BINDING, *Grundriß des Gemeinen*, pp. 22 y ss. Así, para mostrar la situación entre 1813 y 1853, es gráfica la relación que nos presenta Binding: a. codificaciones de procesos inquisitorios: *Baviera* 16 de mayo 1813, *Oldemburgo* 10 de septiembre de 1814; b. codificaciones de procesos acusatorios: *Wurtemberg* 23 de junio de 1843,

Por aquella época, Feuerbach escribió su obra *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, donde se anticiparon las directrices de lo que significaría un moderno procedimiento penal y la necesidad del establecimiento del procedimiento público y oral⁹⁴. Estas garantías se empezaron a plasmar en las leyes. Por ejemplo, en la Constitución de la Paulskirche⁹⁵ se estableció, en su §178, el procedimiento judicial público como derecho fundamental⁹⁶. Sin embargo, la Constitución fracasó por cuestiones políticas⁹⁷.

No obstante, esta idea de elevar una garantía procesal a rango constitucional se mantuvo⁹⁸ y fue así como desde entonces la mayoría de los Estados federados alemanes⁹⁹ establecieron nuevas ordenanzas procesales penales y todas introdujeron un juicio público y oral, basado en el principio acusatorio¹⁰⁰, la participación de legos (jurados o

Baden 6 de marzo de 1845, *Baviera* 10 de noviembre de 1848, *Gran Ducado de Hesse* 28 de octubre de 1848, *Electorado de Hesse* 31 de octubre de 1848, *Nassau* 14 de abril de 1849, *Prusia y Lauenburg* 25 de abril 1853, *Brunswick* 21 de agosto de 1849, *Anhalt-Bernburg* 28 de marzo de 1850, *Waldeck* 4 de junio de 1850, *Hannover* 24 de diciembre de 1849, *Estados de Turingia y Anhalt* desde el 20 de marzo de 1850 hasta el 21 de junio de 1850, *Austria* 17 de enero de 1850, *Landgraviato de Hesse* 15 de octubre de 1850, *Ducado de Sajonia Altenburgo* 27 de febrero de 1854, *Reino de Sajonia* 13 de agosto de 1855, *Francfort del Meno* 15 de mayo de 1856, *Oldenburgo* 29 de agosto de 1857, *Lubeca* 26 de noviembre de 1862, *Hamburgo* 30 de abril de 1869, *Bremen* 26 de diciembre de 1870, *Alsacia-Lorena* 14 de julio de 1871; véase también CARSTEN, *Die Geschichte*, p. 20.

⁹⁴ KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Deutsche Juristen*, pp. 82 y ss., 86.

⁹⁵ HILGEMANN, *DTV-Atlas, Tomo. II*, p. 57.

⁹⁶ Véase: §178 de la Constitución de *Paulskirche* en: SCHUSTER/LIEBIG, *Alle deutschen Verfassungen*, Goldmann Gesetze, 1985; EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, nm. 360; LAUFS, *Rechtsentwicklungen*, pp. 224 y ss.

⁹⁷ La elección de Federico Guillermo IV por parte de la Asamblea Nacional, y su desaprobación por parte de la Corona Imperial DTV-Brockhaus, Tomo. I, pp. 333 y ss.

⁹⁸ ALBER, *Die Geschichte*, pp. 152 y ss.

⁹⁹ Baviera en 1848 y en 1861, Prusia en 1849, Baden en 1864 y Wurtemberg en 1868, entre otros.

¹⁰⁰ Por todos, AMBOS, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio”, pp. 66 y ss., 69 y ss.

escabinos), la publicidad, la oralidad y la libre valoración de la prueba. Y, en la primera parte del proceso, se instauró la separación del acusador y del juez, generando una distribución institucional del procedimiento en dos etapas. De esta forma, los sumarios ya no serían llevados por el juez, sino por el ministerio público, el cual, en adelante, entablaría también la acusación y participaría como parte acusadora en la audiencia pública¹⁰¹.

En realidad, lo que se generó, luego de variadas discusiones, fue un procedimiento con una serie de componentes heterogéneos. El principio que guiaba el procedimiento inquisitivo, la búsqueda de la verdad material, permaneció vigente, y a ese principio se unió el principio de acusación con todos aquellos avances que se obtuvieron durante el siglo XIX, gracias a su naciente preeminencia. Los dos principios sustentaron mejor el procedimiento e hicieron que se lo calificara como heterogéneo¹⁰². La estructura procedimental que nació de esta manera, ha sido calificada habitualmente como *proceso penal reformado*¹⁰³, y se estableció en un primer momento solo a nivel regional, pero continuó con su dinámica hasta concluir en la segunda

¹⁰¹ Y este nuevo actor se enfrentaría a una defensa durante el juicio oral, algo que hasta entonces no era tampoco evidente. Lo anterior ha sido corroborado en sus investigaciones por Karl Mittermaier en Heidelberg y Heinrich Zachariä en Gotinga. Las primeras leyes se promulgaron en Wurtemberg (1843) y Baden (1845). Prusia siguió un año después (1846). Esto sucedió, incluso a pesar de que existían voces que propugnaban por sustituir el antiguo modelo por el angloamericano. Pero estas propuestas, en la realidad política y jurídica existente, no tenían perspectivas serias de éxito.

¹⁰² Esta imagen es similar a la señalada por IGNOR, *Geschichte*, p. 16 o a lo expresado por Glaser en el sentido de que la investigación jurídica común se había unido a la nueva audiencia principal y pública del mismo modo como se pone un piso nuevo a un viejo edificio, GLASER, *Handbuch, Tomo I*, p. 182.

¹⁰³ Por ello, para algunos debería ser calificada, según la propuesta de Ignor, como proceso inquisitivo reformado. IGNOR, *Geschichte*, p. 16. En la literatura Mittermaier y Zachariä se han dedicado especialmente a toda la gama de estos problemas en sus obras: MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht, passim*; ZACHARIÄ E, *Die Gebrechen und die Reform, passim*.

mitad del siglo XIX con la ÖStPO austriaca de 1873 y la RStPO alemana de 1877.

II. SURGIMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se ha considerado la creación del ministerio público¹⁰⁴ y con esta, la separación de funciones entre acusación y juzgamiento, como una de las conquistas de la era de la reforma liberal¹⁰⁵. Esta creación estaba aún a salvo de todas las críticas al movimiento liberal aunque es cierto que dentro de su formación surgía un interrogante sobre su papel dual: si este debía elevar la acusación y buscar la justicia del caso, debería tener tiempo para preparar el material necesario para esa doble labor¹⁰⁶. Finalmente, y teniendo en cuenta que la creación del ministerio público se dio gracias a la influencia del modelo francés, se creó con un procedimiento de investigación extenso y secreto (herencia de la Inquisición)¹⁰⁷.

De esta manera, en líneas generales, el ministerio público dominaría el procedimiento de investigación hasta la elevación de la acusación.

¹⁰⁴ Véase: ROXIN, *DRiZ* (1997), pp. 109, 112 y ss., quien considera el 1 de octubre 1846, fecha de la creación del ministerio público, como la fecha de nacimiento del nuevo proceso penal. Un primer acercamiento se puede ver en GÜNTHER, *Staatsanwaltschaft*; pp. 19 y ss; KNOLLMANN, *Einführung der Staatsanwaltschaft*; *passim*; COLLIN, *Wächter der Gesetze*, pp. 95 y ss.

¹⁰⁵ COLLIN, *Wächter der Gesetze*, p. 95; WOHLERS, *Entstehung der Staatsanwaltschaft*, pp. 108 y ss.

¹⁰⁶ Hasta qué punto debería realizar esta labor no estaba, sin embargo, previamente resuelto. Algunos consideraban que la fase de investigación debería ser breve, porque solo requería la recolección del material necesario para sustentar sus sospechas sobre la existencia del hecho, luego de lo cual pasarían las diligencias a un juez de instrucción, quien realizaría investigaciones más profundas (lo que se denominaría *sumario judicial*), fruto de las cuales se entronaría la elevación de la acusación pública ante el tribunal que dirigiría la vista oral.

¹⁰⁷ La única excepción se daba en los casos difíciles, donde era obligatoria la existencia de un sumario judicial, previa asesoría del *Reichstag*. Sobre ello, véase: GLASER, *Handbuch*, Tomo 1, p. 195.

Ya en la audiencia principal ante el tribunal, debía fungir como la parte acusadora, donde se materializaban los principios de oralidad e inmediatez¹⁰⁸.

Ahora bien, sobre la creación del ministerio público en los estados federados alemanes, como se conoce en la actualidad¹⁰⁹, y la implementación del proceso penal moderno, la ley de mayor relevancia en ese sentido fue la “Ley relativa al procedimiento en las investigaciones adelantadas en Berlín por el Tribunal Imperial y el Tribunal de lo Criminal”¹¹⁰, expedida en Prusia el 17 de julio de 1846¹¹¹, luego de una serie de proyectos realizados a petición de Federico Guillermo IV para la creación de un ministerio público, con el fin de contrarrestar el descontento general hacia los procedimientos secretos y escritos de la justicia penal¹¹².

¹⁰⁸ En esta etapa el juez no es, como en el sistema del *common law*, un convidado de piedra, sino aquel en cuyas manos está la ejecución y la admisión de la prueba, y quien decide sobre esta. Es el director del proceso. HERMANN, *Die Reform*, p. 161.

¹⁰⁹ Durante la primera mitad del siglo XIX, en algunos estados federados (*Land*) de Alemania se empezaron a crear ministerios públicos: en Baden en 1832 se creó primero uno para investigar delitos de prensa y en 1843 para investigaciones de todos los delitos; en Hannover en 1841 (mediante una ley con el título “Ley sobre la admisión de recursos judiciales contra las causas que conocen los tribunales penales en interés del Estado”, véase: KNOLLMANN, *Die Einführung, passim.*; y en Wurtemberg en 1843 para investigaciones de todos los delitos. Sin embargo, la ley de Berlín fue la primera regulación que confió al ministerio público la investigación penal y, al mismo tiempo, la protección del acusado. Subordinó además la policía a su control, es decir, la revistió de la forma y características actuales. Véase: ROXIN, *DRiZ* (1997), p. 112. Para un bosquejo de la situación del ministerio público en los otros estados federales, véase: ARMENTA DEU, *Criminalidad*, pp. 52 y ss, BINDING, *Gemeinen*, pp. 20 y ss.; CARSTEN, *Die Geschichte*, pp. 15 y ss., 33 y ss.

¹¹⁰ ROXIN, *DRiZ* (1997). p. 112; BINDING, *Gemeinen*, p. 21.

¹¹¹ No cambia este resultado tampoco el hecho de que el primer fiscal prusiano, Julius von Kirchmann, formara parte de los revolucionaristas del año 1848 y hubiera sido reprendido en el tiempo de la reacción. GRENVILLE, *La europa remodelada 1848-1878*, pp. 144 y ss.

¹¹² Dentro de esta solicitud, era básica la decisión definitiva sobre la publicidad del procedimiento Véase: KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Deutsche Juristen*, pp. 239 y ss.

La importancia de esta ley radica en que, a pesar de haber sido promulgada por una situación coyuntural¹¹³, contiene muchas de las consideraciones que se venían haciendo por los ministros prusianos en relación con la introducción del ministerio público¹¹⁴. Además, esta ley supuso una contribución decisiva a todos los sistemas procesales occidentales, ya que con sus características dio pie a la consolidación del nuevo proceso penal¹¹⁵. Esto se hace evidente no solo con la oralidad y la publicidad del proceso, sino principalmente con dicha

¹¹³ En 1846 hubo un levantamiento popular en las provincias de Prusia del este en Polonia contra la ocupación prusiana, fruto del cual 250 personas involucradas en la rebelión fueron vinculadas a un proceso penal, proceso que quería el Gobierno, fuera rápido, público y ejemplarizante, no secreto y lento, como se manejaba en aquella época en Prusia, que mantenía aún las instituciones inquisitivas. GÜNTHER, *Staatsanwaltschaft*, pp. 19 y ss.; IGNOR, *Geschichte*, p. 272; STÖLZEL, *Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung*, tomo II, p. 586; VORMBAUM, *Einführung*, p. 93. La realidad de la introducción del ministerio público en el siglo XIX parecía más sobria. El desarrollo verdadero de su implementación altera un poco la concepción mencionada.

¹¹⁴ Véase: ROXIN, *DRiZ* (1997), p. 110; CARSTEN, *Die Geschichte*, pp. 25 y ss., 48 y ss.; Savigny, ministro de legislación, consideraba que era necesario que le fuera transferido al ministerio público el control sobre la administración de la justicia penal en general y se le debía conceder la facultad de interponer un recurso contra el fallo. Por su parte, Von Mühlner, ministro de la administración de justicia, consideraba que la función del ministerio público debería ser más amplia y más social. Debía ser el guardián de la ley, perseguir a los infractores y, de esta forma, proteger a los oprimidos. Luego, Savigny, con el nuevo ministro de la administración de justicia Uhden, consideraron que era necesaria la imparcialidad del ministerio público de manera que fuera de recibo popular y se convirtiera en guardián de la legalidad también en favor del acusado. Por ello, era indispensable que el ministerio público no solamente pudiera interponer recursos en interés del Estado, ya que se convertiría en un enemigo adicional para el acusado, lo cual agravaría su situación y, adicionalmente, iría en desmedro de la institución, algo que generaría la pérdida del apoyo y de la simpatía popular. Adicionalmente, consideraban que se le debería dar el control de la policía, con el fin de velar por la correcta legalidad de la actuación policial.

¹¹⁵ Por las circunstancias en las que se desarrolló la creación del ministerio público, es que algunos consideran como problemático llamarlo *hijo de la Revolución*. Véase: GÜNTHER, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution, passim*.

introducción del ministerio público¹¹⁶, que trajo como consecuencia la separación de la función de acusación y juzgamiento. Fue un avance decisivo el que la guarda de la ley le fuese confiada a ese ministerio público en todos los aspectos¹¹⁷, no solo frente al tribunal, sino también frente a la policía¹¹⁸; y no solo para agravar, sino también para favorecer la situación del acusado. En relación con la policía, se estableció que, en adelante, debía indagar por “cualquier forma de delito” y que aunque los casos fueran por iniciativa de esta, debían enviarse al ministerio público correspondiente.

Y para mantener una imparcialidad dentro del marco judicial, se estableció que el ministerio público debería investigar no solo lo que inculpara al acusado, sino también aquello que lo exculpara. Lo que es más, se le daba la facultad de apelar la sentencia en beneficio del acusado, cuando considerara que el juicio del tribunal había sido errado en detrimento del acusado (por ejemplo, en una sentencia muy severa)¹¹⁹. De ahí que, en su papel como líder de la etapa investigativa anterior al juicio y en su papel de litigante público para preservar el derecho, estaría investido con el deber y el poder de ser imparcial. Savigny lo consideraba como “el vigilante de la ley” y como el aplicador oficial de la imparcialidad¹²⁰. Y, definitivamente, quedaban separadas realmente las funciones de acusador y juez; sin embargo, la actividad del ministerio público transcurría —y transcurre hasta hoy—

¹¹⁶ Concebido como autoridad estructurada jerárquicamente que dependía de las instrucciones del ministerio de justicia y que estaba subordinada a sus disposiciones conforme al §3 de dicha ley. OTTO, *Die Preußische Staatsanwaltschaft*, pp. 100 y ss.

¹¹⁷ Con lo que debía considerar no solo el que ningún culpable eludiera la pena, sino también el que ningún inocente fuera perseguido al tenor del §6 de dicha ley.

¹¹⁸ Esta necesidad de organizar las funciones y las relaciones del ministerio público tanto con la administración como con la policía se ve desde las primeras ordenanzas prusianas luego de la configuración del ministerio público actual. Así, en relación con la administración y la policía, véase: NIEPER, *Die königlich-preußische de 1867*, Título cuarto §31 y ss.; y en relación con los tribunales, véase: NIEPER, *Die königlich-preußische de 1867*, Título quinto §39 y ss.; CARSTEN, *Die Geschichte*, pp. 29 y ss.

¹¹⁹ SCHMIDT, *Einführung*, §289, pp. 330 y ss.

¹²⁰ ROXIN, *DRiZ* (1997), p.113.

según el principio inquisitivo: después de la sospecha, comienza la averiguación del caso, actuación que se realiza de oficio, con el objetivo, como ideal teórico, de la consecución de la verdad material.

En suma, el monopolio de la persecución fue intencionalmente cimentado en esta oficina. La concepción de Savigny de oficina de persecuciones le dio un curioso doble carácter¹²¹ como oficina ejecutiva y judicial. Prusia, como principal abanderado de los estados federados alemanes, dirigió la articulación del principio de legalidad, en el curso de designar este híbrido. Se quería un cuerpo jerárquicamente organizado, con un jefe fiscal para cada distrito judicial, responsable de asignar y revisar el trabajo de sus subordinados, y este mismo sujeto a revisión y dirección por un fiscal general y por el ministro de justicia del Estado. Este sistema permitió una profesión ordenada y meritocrática para los miembros del cuerpo de fiscales. Esto, a su vez, permitió una interpretación unificada de las penas para ser propuestas para todo el Estado Federal, y, en casos en los cuales el principio de legalidad procesal no se aplicaba, esto permitía la formulación de reglas para guiar la discreción en la persecución.

Ahora bien, en relación con esas facultades que se le asignaron al ministerio público, hay una en particular que interesa para el desarrollo de esta investigación: la relativa a la disposición de la acusación. Como ya se ha dicho, la idea de la existencia de una institución como el ministerio público procedía de Francia. Y allí no se la vinculaba con el principio de legalidad procesal. Por su parte, en Alemania, con el ministerio público, tal y como había sido concebido por los ministros Savigny, Von Mühler y luego Uhden, se le daba la prerrogativa de renunciar a la persecución en casos menores, aunque algunas personas consideraran en aquella época que esta posibilidad era incompatible con un procedimiento judicial de oficio. Por esto, en un principio, se les concedió el monopolio de la acusación, pero no la obligación de

¹²¹ PETERS, *Strafprozeß*, p. 139.

presentarla siempre¹²². Durante ese periodo, es decir, las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XIX, comenzaba la ciencia penal a ocuparse de los principios del procedimiento penal reformado. Se daban discusiones en la literatura científica y política sobre la cuestión de si el ministerio público estaba atado a un principio de legalidad procesal rígido, con el consiguiente compromiso de averiguación y elevación de la acusación cuando estuviera en presencia de condiciones para hacerlo, o si, por el contrario, el ministerio público debería estar autorizado, según el modelo francés, a abstenerse de continuar con el procesamiento penal si se encontraba frente a hechos insignificantes o por falta de un interés estatal.

Las discusiones sobre el ministerio público y su papel continuaron y se desarrollaron principalmente durante aquella época¹²³, pues durante

¹²² GOLDSCHMIDT, *Problemas* pp. 75 y ss. Las diferencias consistían en la asignación del monopolio de acusación en los estados particulares. En Prusia, Hannover, Turingia y Austria (suprimida allí, sin embargo, en 1853 otra vez) el ministerio público recibía el monopolio de acusación. En Sajonia el derecho de persecución único del ministerio público valía solo para delitos graves, por lo demás mantenía la competencia el juez de instrucción. En la parte francesa de Baviera, Wurtemberg y Austria, a partir de 1853, se reservaba completamente al tribunal o bien al juez de instrucción el derecho a intervenir. En Brunswick la víctima recibía un derecho de queja ante el monopolio de la acusación por parte del ministerio público; adoptaron también esta regulación Baden en 1864, Wurtemberg en 1868, Hamburgo en 1869 y Bremen en 1870. Igual, de diferente manera se representa la regulación de la obligación de acusación del ministerio público. Mientras podía ser limitada esta obligación por instrucciones del Gobierno, por ejemplo, en Prusia, Hannover y Baviera, prácticamente el principio de oportunidad valía. Otros estados prescribían un principio de legalidad severo, como por ejemplo, Sajonia en 1855, es decir, el ministerio público siempre estaba obligado a intervenir. CARSTEN, *Die Geschichte*, pp. 39 y ss.

¹²³ Aunque ya desde 1842, Mittermaier consideraba que el fiscal tenía que comprobar cuidadosamente todas aquellas denuncias o *noticias criminis* que le fueran puestas en conocimiento, e incluso analizar si existían condiciones de necesidad de pena legales y de interés público, que exigieran un procesamiento penal, cuando los hechos indicados fueran verdaderos, añadía que investigaciones sobre violaciones de derecho insignificantes rebajaban el interés público y hacían ridícula la persecución. MITTERMAIER, *Das Deutsche Strafverfahren*, pp. 184 y ss. Igualmente, Savigny

la década de los años cuarenta, cuando se gestó su creación, más que discusiones sobre su carácter o la configuración de las posibilidades de acusación, se daban controversias sobre su misma introducción¹²⁴. Ahora, con su existencia, surgía el problema sobre la disposición de la acusación, sin que se consiguiera consenso al respecto.

Dado que un cuerpo burocrático de persecución subordinado al ministro de justicia (jefe político del Gobierno estatal) podría estar sujeto, consideraban sus críticos, a presiones políticas para utilizar sus considerables poderes de persecución y de abstención de esta, se estableció finalmente en la Real Ordenanza del Imperio Alemán (RStPO) la obligación de persecución, que se denominó el *principio de legalidad procesal* (*Legalitätsprinzip*)¹²⁵. De esta forma, el fiscal que fuera

consideraba que, a menudo, se presentaban algunas investigaciones inútiles en los procesos, por cuanto no en todos los hechos que, según la ley, deberían ser sancionables, se asomaba el interés público. Por ello, debería el ministerio público poder, por falta de interés público (por ejemplo, a causa de una insignificante y evidente venialidad), disponer sobre la no persecución. Esto de la misma manera como en las frecuentes infracciones en el ejercicio de la política, sería preferible desde el principio ignorarlas. SAVIGNY, *GA* (1858), p. 585.

¹²⁴ Cuando los estados alemanes introdujeron el proceso de acusación formal, se orientaban por el modelo francés. *Les procureurs du roi* constituían la oficina de comunicación del Estado en el tribunal, véase: FEUERBACH, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit*, p. 132; SAVIGNY, *GA* (1858), p. 581; MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung*, p. 147. Y en Francia era, en principio, indiscutida la competencia del ministerio público para considerar la persecución según criterios de utilidad. Véase: BOHNERT, *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, pp. 64 y ss. Por ello, con la introducción del ministerio público, se introdujeron en la mayor parte de los estados consideraciones de oportunidad, aunque naturalmente no se encontraba ninguna mención al respecto en la ley. Y no dejaba apenas el tiempo para una polémica detallada sobre los principios que se tendrían que informar al proceso penal. Con detalles, véase: MARQUARDT, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, pp. 20 y ss.

¹²⁵ MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit*, p. 319., señala que se van acercando hacia el principio de oportunidad, por las necesidades de la práctica, sobre todo, dado que con la introducción del ministerio público se presentaba precisamente la posibilidad de que la existencia de un delito insignificante no condujera indefectiblemente a la introducción de un procedimiento penal; véase el completo trabajo de DEITMAR, *Legalität und Opportunität. Passim*.

ordenado por el ministro a no perseguir en un caso, por ejemplo, de corrupción política, podía desobedecer la orden con base en el §152 II¹²⁶ RGStPO. Y, de esta manera, el principio de legalidad procesal limitó el poder del ministerio público pero también fue una protección fundamental para este último. Era esta la base del carácter judicial de su oficina, la fuente de su libertad ante una impropia interferencia desde arriba.

En síntesis, la acción penal, es decir, la función del ministerio público mediante la cual procedía a introducir unos hechos de los que tuvo noticias al mundo del procedimiento penal, tenía la particularidad de que podría darse de dos maneras. De forma absoluta, es decir, que todos los hechos con apariencia delictiva de los que tuviera conocimiento el ministerio público fueran perseguidos con la correspondiente iniciación de la acción penal. O de forma relativa, como fue pensada originalmente por los ministros, es decir, que el fiscal, en cada caso específico y teniendo en cuenta las características de los hechos, procediera a iniciar la acción penal solo en aquellos casos que revistieran gravedad. La primera forma es lo que se ha considerado como el *principio de legalidad en materia procesal*, mientras que la segunda se catalogó como *principio de oportunidad*. Sobre el principio de oportunidad vamos a detenernos en las siguientes páginas, con el fin de entender su configuración y lo que implica tanto para el ministerio público como para el proceso penal en general.

III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN

1. LA CREACIÓN DEL CONCEPTO *PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD*

Se puede afirmar que las mismas circunstancias del proceso penal de mediados del siglo XIX habrían de encargarse de mostrar cómo era

¹²⁶ PETERS, *Strafprozeß*, p. 142.

inadecuada la exigencia de un principio de legalidad procesal estricto. Y no solo esto, sino que la experiencia en otros ordenamientos jurídicos, como el francés, iba a confirmar el hecho de que se debían buscar fórmulas para morigerar el principio de legalidad procesal¹²⁷. En ese país la regla de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal era una garantía de su derecho positivo¹²⁸. En Alemania el legislador dio un primer paso en la dirección de la discrecionalidad en la acción penal mediante la expedición del Decreto General prusiano del 4 de abril de 1854, el cual se considera como el primer precursor del actual §153 StPO. Esta disposición¹²⁹ establecía que era obligación del ministerio público perseguir las actuaciones sancionables que llegaran a su conocimiento ante los tribunales. Pero, adicionalmente, consideraba que se debía ser muy cuidadoso en aquellos casos en los que se presentaba una infracción a la ley en la que, sin embargo, apenas surgía un interés público, como por ejemplo, en el hecho de mendigar pues, dado que las interpretaciones de cada funcionario se daban en un sentido tan amplio, se estaban presentando resultados contrarios al espíritu del proceso¹³⁰; del mismo modo, en las afectaciones insignificantes del patrimonio en cuyo caso la antijuridicidad apenas se podía considerar; igualmente en algunas

¹²⁷ Al respecto, en Francia, el legislador de la época revolucionaria, prevenido respecto a la burocracia en todos los ámbitos, incluido el judicial, consideró necesario crear límites rígidos, por lo que adoptó el principio de legalidad en la persecución mediante la Ley de 16-19 de septiembre de 1791, en el título V, artículos 6 y 20; y en el Code du 3 Brumaire an IV, artículos 90 y 97. Sin embargo, en el Código de Instrucción Criminal de 1808, el legislador no se pronunció al respecto, por lo que se presentó una fuerte controversia sobre cuál era el pensamiento del legislador sobre el tema. Al final, la opinión mayoritaria de los comentaristas y las mismas prácticas procesales adoptaron un punto de vista según el cual, el principio de legalidad no se habría mantenido. PRADEL, *Manuel*, p. 511; CARSTEN, *Die Geschichte*, p. 15.

¹²⁸ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 544 y ss.; GUINCHARD/BUISSON, *Procédure*, p. 643; PRADEL, *Manuel*, p. 511.

¹²⁹ Justiz-Ministerialblatt, Preußen 1854, p.147; así como MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 21 y ss.

¹³⁰ Por ejemplo, en el caso de una persona mayor de setenta años de edad que rogaba por un mendrugo de pan para comer y que por ello fue acusada y condenada.

disputas familiares que habían degenerado fácilmente en excesos; también en peleas usuales; y, finalmente, en actos de violencia insignificantes, así como en lesiones del honor¹³¹.

Como se observa, ya para ese entonces se advertía que una intervención del Estado en cada delito menor no era considerada como proporcionalmente adecuada. Y, estrechamente relacionada con esta problemática, se estudiaba la necesidad de dotar al naciente ministerio público de la posibilidad de dejar de levantar la acusación precisamente en ese tipo de casos. En fin, esta situación, que ya había sido analizada por los ministros prusianos defensores de que se le diera la posibilidad de disposición de la acusación al ministerio público, también fue motivo de estudio precisamente por uno de los coautores de la obra que influiría posteriormente la entrada del principio de legalidad procesal en la StPO alemana de 1877. Me refiero a Julius Glaser¹³². De hecho, a Glaser se le debe la introducción del término *oportunidad* en la discusión procesal penal. Entre sus primeras obras se destacan las relacionadas con el derecho comparado, específicamente con el derecho penal en Inglaterra y Gales¹³³. Pero es en su obra *Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess* de 1868 donde plasma su posición sobre el principio de

¹³¹ Rezaba la disposición: “[...] Die Pflicht der Staatsanwaltschaft, die zu ihrer Kenntnis kommende strafbare Handlungen vor Gericht zu verfolgen, wird von de einzelnen Beamten in so weitem Sinne gedeutet, daß sie sich für verbunden erachten, ihre Tätigkeit auch bei solchen Gestezverletzungen, bei denen ein öffentlichen Interesse kaum betheiligert erscheint, eintreten zu lassen, wie z.B. ein über 70 Jahre alter Mann, der aus Noth um ein Mittagsbrot gebeten hatte, wegen Bettelns unter Anklage gestellt und verurteilt worden ist.

Ebenso werden nicht selten geringfügige Beschädigungen des Vermögens, bei denen eine Rechtswidrigkeit der Absicht kaum anzunehmen ist, Zwistigkeiten in den Familien, die in leichte Exzesse ausgeartet sind, gewöhnliche Schlägereien, geringfügige Thatlichkeiten, sowie Ehrverletzungen verfolgt”.

¹³² De hecho, además había estudiado la obra de Beccaria y la tradujo al alemán en 1851 cuando contaba con tan solo veinte años.

¹³³ Solo por nombrar algunos dos de sus escritos al respecto, véase: GLASER, *Das englisch-schottische Strafverfahren*, Viena, 1850 y *Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren*, Erlangen, 1866.

legalidad procesal, y deja sentadas las consideraciones sobre las que queda montada la discusión hasta nuestros días.

Para este autor, con la expansión objetiva del proceso penal, surgía la pregunta obligada sobre si la obligación penal del Estado debería ser absoluta o si, por el contrario, consideraciones como la bagatela, la utilidad, la reacción mediante otros ámbitos estatales, podrían ser tenidas en cuenta en aras de morigerar la reacción. El hecho de generar esta diferenciación de los delitos no permitiría, en todo caso, afirmar que el interés jurídico público había sido aniquilado sino, por el contrario, que el Estado, precisamente por su interés, era consciente de la necesidad de esa diferenciación¹³⁴. Añadía este autor que, sin embargo, al prevalecer las teorías absolutas de la pena en el derecho penal, según las cuales las sanciones de todos los delitos generaban una satisfacción más alta que iba incluso más allá del fin del Estado, imponiéndole a este, al mismo tiempo, la obligación de no modificar su actuar en ningún caso, debido a la necesidad visible, lógica o religiosa del castigo, entonces se debía, a fuerza, reconocer en cada caso en el cual el delito/crimen no era castigado, como una ofensa (pecado) del Estado. Pero lo que se debería ver, al contrario, es que el empleo desconsiderado de la ley penal podría dar lugar a que sucedieran injusticias al no tomar en consideración las individualidades de cada caso¹³⁵.

Por lo anterior, siempre existirían situaciones en las que consideraciones de oportunidad se deberían tener en cuenta para que se llegase en los procesos a una verdadera idea de justicia, por lo que en todos los procesos penales debería existir la posibilidad de preguntarse sobre la oportunidad de la persecución. Y esto no podía ser malinterpretado como un desconocimiento de los principios legales. Era un hecho que el principio de legalidad procesal debería ceder ante consideraciones más importantes formuladas desde la justicia. Y esto no era algo descabellado ni improvisado, máxime

¹³⁴ GLASER, *Gesammelte kleinere*, pag. 441.

¹³⁵ GLASER, *Gesammelte kleinere*, p. 441.

cuando la pregunta sobre la oportunidad había sido puesta de manifiesto en múltiples ocasiones por escritores franceses que anteponían la cuestión sobre si el delito afectaba de manera considerable el orden público o la sanción que se exigía para este¹³⁶. De la misma forma, en Inglaterra se aplicaba la renuncia a la interposición de la acusación pública cuando existían motivos que justificaran no seguir con el caso¹³⁷. De esta forma, Glaser dio nombre al problema del campo de la disposición de la acción penal que se debatía en la jurisdicción alemana¹³⁸.

2. DISCUSIONES SOBRE LOS PODERES Y ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para aquella época se entreveía principalmente el potencial político del ministerio público y, como empezaba la polémica en torno a los principios del procedimiento penal, el principio de legalidad procesal era central tanto para la ciencia como para la política. Se consideraba primordial neutralizar en su totalidad la actividad del ejecutivo en ámbitos jurídicos, dado que existía la posibilidad de que se modificaran las mayorías parlamentarias¹³⁹. Se creyó, a partir de ese momento, que era insostenible aceptar que el Gobierno pudiera intervenir masivamente, gracias a la facultad de dirección que detentaba el ministerio público en la etapa de investigación, en órbitas propias de la justicia penal. Por ello, se guardó con tanto celo la limitación al ministerio público mediante la búsqueda de un cumplimiento irrestricto del principio de legalidad procesal¹⁴⁰.

En ese orden de ideas, la discusión se centraba en los problemas que pudiera tener una posición del ministerio público en el proceso penal o su configuración, dejando aparte la relativa a la prevalencia del

¹³⁶ GLASER, *Gesammelte kleinere*, pp. 449, 455 y 556.

¹³⁷ GLASER, *Gesammelte kleinere*, p. 442.

¹³⁸ GLASER, *Das Prinzip der Strafverfolgung*, pp. 523 y ss.

¹³⁹ VON GNEIST, *Vier Fragen*, p. 14.

¹⁴⁰ HERTZ, *Geschichte des Legalitätsprinzip*, pp. 28 y ss.

principio de legalidad procesal o bien del principio de oportunidad. Se discutía sobre si el ministerio público debería ser independiente, como lo son jueces, o dependiente, como podría ser cualquier oficina administrativa. Igualmente, sobre la viabilidad de exigir una denuncia privada subsidiaria para controlar la actividad de la acusación, con lo cual se abordaba, aunque solo tangencialmente, la discusión sobre la introducción del principio de legalidad procesal estricto¹⁴¹. Aquel espíritu liberal de la época¹⁴² veía con gran desconfianza la pertenencia del ministerio público al poder ejecutivo, desconfianza que se extendía al principio de oportunidad. Y, claro está, la influencia liberal había adquirido cada vez mayor difusión desde la introducción de la monarquía constitucional, por lo que participaba, en nombre del pueblo, en la configuración de las relaciones con la autoridad y en la discusión política de problemas tan importantes como lo era la configuración del procedimiento penal. Pero no se discutieron en profundidad las implicaciones de la adopción del principio de legalidad procesal o de oportunidad.

No fue sino hasta 1860, con las jornadas de los *Juristentage*, cuando se le empezó a dar un impulso a la discusión entre el principio de legalidad procesal y el principio de oportunidad. Ese año, en Berlín, se habló sobre la posibilidad de dar el derecho de elevar la acusación a cada parte privada participante en el proceso, en casos donde el ministerio público se abstuviera¹⁴³. Al año siguiente, en Dresde, la polémica sobre el monopolio de la acusación continuó, prevaleciendo la opinión sobre la obligación de la acusación, cuya validez se debería tratar como una cuestión prejudicial para la discusión del monopolio de la acusación¹⁴⁴. Lo que generaba mayor resistencia en la literatura científica era este monopolio de la acusación por parte del ministerio público, unido a la dependencia de instrucciones del Gobierno, a través del ministro de justicia. Por esta razón, se abogaba por el

¹⁴¹ MARQUADT, *Die Entwicklung*, p. 35.

¹⁴² SCHÜRER, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, p. 21.

¹⁴³ Verhandlungen des 1. Juristentages, p. 71.

¹⁴⁴ Véase en detalle: MARQUADT, *Die Entwicklung*, pp. 37 y ss.

control de la actividad de acusación y se exigía la posibilidad de recurrir a una queja en caso de no presentar la acusación. Junto con ello, se postulaba el principio de legalidad procesal estricto, para garantizar la regularidad y el control de la actividad acusatoria del ministerio público. Adicionalmente, se abogaba por la introducción de una denuncia privada general en cabeza de todos los súbditos, con el fin de evitar posibles arbitrariedades en el manejo de la no persecución de delitos por parte de la administración, dada su dependencia del ejecutivo, lo que devendría en violaciones de los derechos fundamentales de los individuos¹⁴⁵. Como se observa, las críticas y los ataques no se dirigían contra el principio de legalidad procesal o el principio de oportunidad, sino que lo que se pretendía, principalmente, era evitar que el ministerio público manejara el principio de oportunidad para proteger el monopolio de la acusación, según las directrices ministeriales¹⁴⁶.

Pero la discusión estaba planteada y, poco a poco, se fueron perfilando las posiciones al respecto, de suerte que se puede afirmar que existía una clara diferenciación entre quienes propugnaban por la acusación como regla general obligatoria, y quienes veían como inconveniente la rigidez de este precepto.

En el primer grupo, es decir, quienes defendían la obligatoriedad de la acusación en todos los supuestos, su argumentación central partía de la base de que tan solo así era posible la averiguación de la verdad material, principio que se erigía como el fin básico del proceso penal¹⁴⁷. De entre los defensores de esta postura sobresalen Franz von Holtzendorff, Karl Friedrich Rudolf Heinze y Friedrich Oskar

¹⁴⁵ Von Gneist proponía, en el 12º día de juristas en 1875 que: “La denuncia privada se tiene que introducir como complemento general de la acusación del ministerio público para la conservación estricta del derecho público”, VON GNEIST, *Verhandlungen des 12. Juristentages*, Bd. 3, pp. 199 y ss.

¹⁴⁶ FALLER, *FS für Maunz*, 1971, pp. 69 y ss.

¹⁴⁷ Así, KAYSER, *Die Strafgerichtsverfassung*, pp. 25 y ss., habla de *Anklagemaxime* como uno de los principios generales del proceso penal.

Schwarze¹⁴⁸ principalmente y, en menor medida, Carl Fuchs. En relación con todos ellos, se debe tener presente que, ante todo, seguían aún muy influenciados por el proceso románico y por la total preeminencia del proceso civil como amo y señor del proceso. Y esto no podía ser de otra manera, pues se habían formado con este y, a pesar de estudiar derecho penal y procesal penal, la influencia que predominaba en ellos y en sus obras era la civil¹⁴⁹. En todo caso, lograron imponer sus opiniones, primero, mediante la difusión de su obra sobre el proceso penal¹⁵⁰, y luego mediante su participación directa como miembros de la Comisión encargada de la creación de la RStPO (los dos primeros). Para estos autores, junto con el peligro que suponía la discrecionalidad, estaba la pérdida de la seguridad jurídica por el hecho de que podía llevar a actuaciones diferentes en casos con iguales características, y podría resultar insuficiente la acción privada¹⁵¹.

En un segundo grupo estaban quienes consideraban que era plausible el que se le diera la posibilidad al fiscal para que analizara la existencia de algún interés público en el hecho cometido y, como consecuencia de ello, la facultad de perseguir o dejar de hacerlo. Consideraban que un estricto cumplimiento del principio de legalidad procesal desaprovechaba los medios y recursos con los que contaba el

¹⁴⁸ De quien refiere Schünemann que era un procesalista en la práctica y un penalista teórico, en SCHÜNEMANN, en *ZStW* (2002), p. 5.

¹⁴⁹ Así, de VON HOLTZENDORFF tenemos su famosa *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1870; y de FUCHS: *Kritische Studien zum Leitfadenzum Civil process praktikum und Relatorium*, Marburg, 1862 y *Pandekten texte*, Leipzig, 1867. Respecto a Schwarze, su posición se sustentaba básicamente en la experiencia que había tenido como procurador general de Sajonia y funcionario del ministerio.

¹⁵⁰ Estoy hablando del *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts: in Einzelbeiträgen*, Tomos 1 y 2, Berlín, 1874, y del *Handbuch des deutschen Strafrechts: in Einzelbeiträgen*, Tomos 1 y 2, 1874. Ambas eran obras colectivas en las que además participaban Adolf Dochow, A. Geyer, Julius Glaser, Hugo Meyer, Oscar Meves, Gustav Heinze y Emanuel Ullmann.

¹⁵¹ De hecho, Von Holtzendorff iba más allá y propugnaba por la supresión del monopolio de acusación por parte del ministerio público, aunque mantenía la idea sobre la introducción de la denuncia privada. *Verhandlungen des 12. Juristentages Bd. 3.*, pp. 57 y ss., 64 y ss.

ministerio público, pues por fuerza debía perseguir todos los hechos que llegaran a su conocimiento, incluso aquellos en los que no se percibía interés público alguno. En este grupo sobresalen Heinrich Albert Zachariä, cuya inclinación académica, aparte del derecho procesal penal¹⁵², era el derecho público¹⁵³, y Rudolf von Gneist, cuyos estudios adicionales tienen un fuerte interés por el derecho comparado y por el derecho inglés¹⁵⁴. En relación con este grupo, dado que predominaba una visión no solo estatal en su conjunto, sino sobre todo global, dado su interés en el derecho comparado y la marcada influencia anglosajona, es que se explica por qué su posición era menos estricta y menos apegada a la tradición hasta entonces imperante. De hecho, en sus escritos Zachariä exponía magistralmente la situación procesal penal de Alemania durante casi toda la primera mitad del siglo XIX, consistente en la prevalencia del procedimiento inquisitivo con todas sus violaciones y abusos¹⁵⁵, algo de lo que claramente pensaba apartarse, especialmente mediante la separación entre la acusación y el juzgamiento, pero también mediante la posibilidad de dotar de herramientas de disposición al ministerio público en el ejercicio de la acción penal.

¹⁵² Me refiero sobre todo a: *Handbuch des deutschen Strafprocesses*, Tomos 1 (1861) y 2 (1868), Göttingen. Sobresale su obra sobre todo en relación con los principios que deben regir en el proceso penal y la posición del ministerio público en el proceso.

¹⁵³ DE ZACHARIÄ, *Deutsches Staats und Bundesrecht*, Göttingen, 1865-1867 y *Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, Göttingen, 1853.

¹⁵⁴ De VON GNEIST: *Vier Fragen zur deutschen Strafproceßordnung mit einem Schlußwort über die Schöffengerichte*, Berlín, 1874.; *Das heutige englische Verfassungs-und Verwaltungsrecht*, Berlín, 1857-1863; *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des Selfgovernment*, Tomos 1 y 2, Berlín, 1863; *Das englische Parlamentin tausend jährigen Wandlungen vom 9. Bis zum Ende des 19 Jahrhunderts*, Berlín, 1886; *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den deutschen Verwaltungssystemen*, 2 Ed. Parte Especial, Berlín, 1884; y *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlín, 1882.

¹⁵⁵ Véase al respecto el ya mencionado: ZACHARIÄ, *Handbuch des deutschen Strafprocesses* Tomos 1 (1861) y 2 (1868), Göttingen.

Para 1868, la “Unión de Alemania del Norte” presentó una solicitud al *Reichstag*, para elaborar una ordenanza procesal penal uniforme para todos los estados de la Unión alemana¹⁵⁶. Lo que se buscaba, más que la creación de una normatividad completamente nueva, era la consecución de un cuerpo normativo fruto del análisis y fusión de las legislaciones penales de las últimas décadas¹⁵⁷. En la Comisión Asesora¹⁵⁸ se mantenía la controversia sobre temas como el monopolio de la acusación, la necesidad de una denuncia privada y una posibilidad de queja y, claro está, sobre el principio de legalidad procesal y el de oportunidad.

En el Proyecto de RStPO presentando por el Gobierno en 1874, se mantuvo el monopolio de la acusación en cabeza del ministerio público y se consideró que se aseguraba la confianza de la población mediante la observación estricta del principio de legalidad procesal¹⁵⁹. El §146 II del Proyecto concedía la posibilidad de presentar una queja ante actuaciones del ministerio público, principalmente ante omisiones de acusación. Adicionalmente, sentaba el Proyecto una posición en contra de la introducción de una denuncia en cabeza de todo ciudadano como complemento general al derecho de acusación del ministerio público, pues, teniendo en cuenta que el procesamiento penal ocurre debido a la existencia de un interés público, una acción de este tipo estaría en contradicción crasa con la concepción clásica del derecho alemán. Además, añadían, no siempre se podría contar

¹⁵⁶ Sobre esto y el *französischrheinländischen*, véase: DOLCHOW, *Handbuch*, Tomo I, p. 106; SCHUBERT/REGGE, *Entstehung*, p. 5.

¹⁵⁷ Véase: HAHN, *Motive*, pp. 70 y ss.; SCHUBERT/REGGE, *Entstehung*, pp. 8 y ss., 113; WOHLERS, *Entstehung und Funktion*, p. 182.

¹⁵⁸ Según relata Schünemann, la Comisión que realizó el primer proyecto estaba constituida por funcionarios de la administración de justicia de los diferentes estados, fiscales generales —como Schwarze—, gente de la academia —como Zachariä— y un abogado, y todos ellos crearon la base para la conformación de la Comisión de Justicia del Imperio, que contaba con veintiocho miembros, donde incluso uno era médico psiquiatra. Véase: SCHÜNEMANN, en *ZStW* (2002), p. 6 nota al pie 21.

¹⁵⁹ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien*, pp. 146 y ss.

con este mecanismo, pues con frecuencia no existe como tal ninguna víctima concreta que pudiera incoarla. En consecuencia, se estipuló únicamente una denuncia privada de tipo subsidiario, que serviría solo al interés privado, y únicamente en aquellos delitos denominados *privados*, es decir, solo en aquellos delitos a instancia de parte¹⁶⁰.

En las comisiones asesoras del Proyecto, Von Gneist, defensor del principio de oportunidad, señalaba que la cuestión sobre la introducción del principio de oportunidad era de vital importancia para la configuración de todo el procedimiento penal y para establecer la posición del ministerio público. Añadía que al aceptar el párrafo referente al principio de legalidad procesal únicamente, y aplicarlo severamente, se doblaría el número de casos en los cuales el ministerio público debería intervenir y, con ello, gran parte de la utilidad que lleva consigo la creación del ministerio público se perdería, al querer obligarle al fiscal por amor a la palabra armoniosa *principio de legalidad procesal* a intervenir en todos los casos, inclusive en los más insignificantes, en los cuales nadie tendría un interés en la persecución¹⁶¹.

Contradecían abiertamente esta postura Schwarze y Von Struckman, señalando que no era posible argumentar que no existía un interés público, así fuese en delitos completamente insignificantes, pues no existía tal concepción en el Código Penal. Por ello, mientras un hecho, cualquiera que sea, esté amenazado con castigo, se reconoce por ello un interés público en la sanción de tal actuación¹⁶².

Al final, fue aprobado finalmente el §134 RStPO, que contenía de manera unívoca la expresión del principio de legalidad procesal. Ello fue así, pues el *Reichstag* veía precisamente en el principio de legalidad procesal un medio de someter a la autoridad, a la que observaba con desconfianza, a un nivel uniforme de control. De esta manera,

¹⁶⁰ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien*, pp. 268 y ss.

¹⁶¹ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien*, p. 707.

¹⁶² HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien*, p. 708.

consideraba que el principio de legalidad procesal sería el garante de un procesamiento penal sin diferencias¹⁶³.

Para el control de la actividad de acusación, se planteaban las siguientes posibilidades para el debate: los representantes de los gobiernos planteaban una queja ante el superior jerárquico como medios de protección contra rechazos de acusación injustificados. En contra de esa posibilidad, los diputados Klotz, Herz y Eysoldt solicitaban la admisión de una queja de la víctima ante el tribunal superior estatal, pues el juez era el único independiente, por lo que una queja ante el superior no tendría demasiado efecto. A pesar de la negativa de los representantes del Gobierno, esta solicitud fue aceptada por la mayoría de la Comisión¹⁶⁴.

Sin embargo, esta posibilidad de control no era suficiente para Wolffsons, por lo que solicitaba que se concediera la queja para cualquier solicitante, no solo la víctima. De otro lado, consideraba que la denuncia privada debería existir en los delitos a instancia de parte, es decir, que debería permanecer tal y como se había propuesto en el Proyecto. Por su parte, Von Gneist solicitaba que se suprimiera la queja, que fue nuevamente introducida, y que se estableciera en su lugar una acción popular. Sin embargo, creía que debería seguir teniendo validez la denuncia privada subsidiaria en delitos a instancia de parte.

En última instancia, la Comisión se inclinó por el punto de vista de Wolffsons, aunque modificó el hecho de que la denuncia privada fuera subsidiaria en los delitos a instancia de parte. En casos de delitos de injurias y lesiones personales, debería ser principal¹⁶⁵. Los gobiernos de los estados federados se opusieron a esta decisión y, finalmente, el *Bundesrat* decidió suprimir la queja ante el tribunal y restablecer la posibilidad de queja ante los superiores. La Comisión, por su parte, mantuvo su decisión. Y el *Reichstag*, en la plenaria, aceptó las decisiones

¹⁶³ MARQUADT, *Die Entwicklung*, p. 51.

¹⁶⁴ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien*, pp. 728 a 734.

¹⁶⁵ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien*, pp. 1101 y ss.

de la Comisión¹⁶⁶. Pero el *Bundesrat* declaró las decisiones del *Reichstag* como inaceptables¹⁶⁷. En definitiva y para evitar el fracaso total de la StPO, se apoyó una moción de compromiso por parte de los liberales nacionales, que planteaba la limitación de la queja ante el tribunal por el ofendido con ocasión del delito¹⁶⁸. Esta moción, a pesar de las críticas de Eysoldt y Windhorst, y pese a que no se aclaró el dudoso concepto de *ofendido*, fue aceptada¹⁶⁹.

Finalmente fue sancionada la Ordenanza Procesal Penal del Imperio Alemán de 1877¹⁷⁰ y, dentro de esta, en su §152 II¹⁷¹, se estableció la obligatoriedad de la acción penal, lo que es conocido como el *principio de legalidad* en materia procesal penal, en contraposición a como fue concebida la figura por primera vez en 1846.

Sobre la StPO, Schünemann no duda en calificarla como un símbolo liberal del siglo XIX¹⁷². En efecto, esta ley y sus principales instituciones son fruto del pensamiento liberal del Estado de derecho. Precisamente por ser esta la situación que se vivía en aquella época, por las circunstancias que acompañaban el devenir histórico del fin de siglo, es que se debe entender el temor que suscitaba el que el

¹⁶⁶ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung*, Tomo 2, pp. 1839 a 1862.

¹⁶⁷ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung*, Tomo 2, p. 1994.

¹⁶⁸ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung*, Tomo 2, p. 1995.

¹⁶⁹ HAHN/MUGDAN, *Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung*, Tomo 2, pp. 2076 a 2084.

¹⁷⁰ RStPO, promulgada el 1.2.1877, y en vigor a partir del 1.10.1879, RGBL. I, p. 253.

¹⁷¹ Esta prescripción reforzada y protegida mediante el procedimiento a instancia de parte (*Klageerzwingungsverfahren*) establecido en los §§172 y ss. del StPO.

¹⁷² SCHÜNEMANN, en *ZStW* (2002), p. 6. Aunque teniendo presente que se considera tan solo una codificación nueva en el sentido formal, pues en cuanto al contenido era, en esencia, la suma de las codificaciones que desarrollaron los estados durante las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XIX. Por ello, Wohlers la caracteriza como una reforma más bien “formal”: WOHLERS, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, p. 180.

ministerio público obtuviera lo que se denominaba un *poder ilimitado*, al permitirle la posibilidad de disposición de la acción penal.

Como ya se mencionó, la estructura central de la Ordenanza Procesal Penal del Imperio se sustentaba en la mezcla entre la búsqueda de la verdad, como remanente de un principio inquisitivo, y el principio acusatorio. Pero el modelo liberal que pretendía que se estatuyera un proceso completo acusatorio donde se diera una oposición frontal entre acusación y defensa como partes enfrentadas, no se concretó. De hecho, en la primera parte del procedimiento, la fase de investigación, la actividad de la defensa era casi nula, pues el ministerio público en esta etapa, más que una parte, era “el amo y señor del procedimiento de investigación”. De esta manera, era tan solo en la audiencia pública que el ministerio público y la defensa se enfrentaban en el proceso. El ministerio público sería entonces un órgano del Estado que, de manera objetiva y al igual que los tribunales, estaría obligado a la búsqueda de la verdad material, estimulando la investigación judicial, acompañando y controlando¹⁷³. No le correspondía nada más ni menos una posición que superara esta tarea¹⁷⁴.

Y al ofendido se le concedió el derecho de queja ante un tribunal estatal superior, cuando quiera que no se hubiere realizado una elevación de la acusación por parte del ministerio público. Finalmente, existía la posibilidad de interponer una denuncia privada en casos de injurias o de lesiones personales.

Con la introducción de “en tanto no estuviera determinado legalmente lo contrario” en el §152 RStPO, se establecía aquello que, para algunos, se consideraba un resquicio para la introducción del principio de oportunidad. Luego de la caracterización hecha por Glaser de este fenómeno, la situación sobre la discrecionalidad en el

¹⁷³ KELKER, en *ZStW* (2006), pp. 389 y ss., 394; WOHLERS, *Entstehung und Funktion*, p. 207.

¹⁷⁴ Aunque seguía en discusión si el ministerio público debía mantener un carácter contencioso. Véase: HAHN, *Materialien zum GVG Band I*, pp. 141 y ss.

ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público se empezó a tratar como el principio de oportunidad y recibió carta natural en las discusiones doctrinarias de todo el final del siglo XIX. Lo que estaba de fondo en la postura de este autor, de Von Gneist y de Zachariä, era el hecho de que la propia situación del proceso penal precisaba de herramientas para el ministerio público y que esto en modo alguno atacaba las bases del procedimiento moderno, sino que, por el contrario, lo dotaba de racionalidad en la persecución. De hecho, se permitieron en el derecho penal material excepciones a la rigurosa obligación de acusar. Según el §4 II del RStGB, se podía terminar la persecución de aquellos delitos cometidos en el extranjero, a juicio del ministerio público¹⁷⁵. De otro lado, el §42 del RStGB dejaba a la libre decisión del ministerio público la introducción del llamado “procedimiento objetivo”¹⁷⁶. Pero quizás la ruptura más importante respecto a la obligación de acusación era el §416 del RStPO, el cual señalaba que la elevación de la denuncia pública por parte del ministerio público en caso de delitos de injurias y lesiones personales menores, se debería efectuar solo en presencia de un interés público, pues ese tipo de delitos se pueden perseguir mediante la denuncia privada de la víctima¹⁷⁷.

Con la entrada del siglo XX inició, de manera ininterrumpida hasta hoy, la marcha victoriosa del llamado *derecho penal accesorio*¹⁷⁸. Y ello

¹⁷⁵ BOHNERT, *Die Abschlussentscheidung*, p. 69; KAMPS, *Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip*, p. 46.

¹⁷⁶ KAMPS, *Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip*, p. 48.

¹⁷⁷ KAMPS, *Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip*, p. 40; BOHNERT, *Die Abschlussentscheidung*, p. 69.

¹⁷⁸ La explicación para que la mayor parte de las regulaciones del derecho penal accesorio estuvieran por fuera de la codificación penal (*Strafrechtskodifikation*) se basa en la propia estructura de la mayor parte de los hechos copenales: los hechos del Código Penal están regularmente formulados de tal suerte que las características del hecho están contenidas en estos mismos; en cambio, las infracciones de normas legales civiles y administrativas se encuentran en una ley especial. Por ello, se hace difícil integrarlas al Código Penal y, por el contrario, parecería más aconsejable situar la amenaza penal en el contexto de la ley especial misma.

gracias a su continuo avance a lo largo del siglo XIX, aunque con distintas denominaciones. El derecho penal, y paralelo a este, el derecho policial o derecho penal administrativo¹⁷⁹ se fueron extendiendo a amplias áreas sociales. Esta expansión se refiere no solo al número de conductas tipificadas, es decir, a su amplitud, sino también al eje temporal, porque como el derecho penal accesorio se refiere, ante todo, a ámbitos especiales, la prohibición conminada con pena concierne regularmente a la infracción de normas técnicas, expresadas en valores límite; los hechos accesorios se refieren, normalmente, a delitos de peligro, y delitos de peligro abstractos, en ambos casos donde se presenta una anticipación de la penalidad¹⁸⁰.

Especialmente fuertes fueron los efectos de su expansión para el derecho procesal penal. El aumento de normas penales produjo una entrada exagerada, que cargó a la justicia penal cada vez más. Y, por ende, la misma justicia penal tuvo que centrarse en la necesidad de considerar estrategias de descarga, como una consecuencia necesaria y obligada. Estas propugnaban por la disminución del trabajo de los

¹⁷⁹ Sobre toda esta situación existen gran cantidad de interesantes estudios. Sin ánimo de ser exhaustivo, véase de gran claridad: FRANK, *Studien zum Polizeistrafrechte*, 1897; FRIEDENTHAL, *Beiträge zu einem Preß-Verwaltungsstrafrecht*, 1910; GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; GUDERIAN, en *ZStW* (1901), pp. 828 y ss.; KAHL/LILIENTHAL/LISZT/GOLDSCHMIDT, *Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches*, 1911; LEVIS, en *ZStW* (1899), pp. 319 y ss.; ROSENBERG, en *ZStW* (1902), pp. 31 y ss.; ROTERING, *Polizei-Übertretung und Polizeiverordnungsrecht*, 1888.

¹⁸⁰ El aumento de tales normas podría generar a la larga un aumento no calculado del error de prohibición, sobre todo por la gran cantidad de normas con el consiguiente desconocimiento de la norma de prohibición, véase: LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotssirrtum*, esto se podría compensar si se entiende que las partes principales conciernen a las áreas especializadas del derecho penal accesorio. Y en este campo el conocimiento estándar se puede aceptar, véase: DONINI, *Strafrechtstheorie*, pp. 131, 135. También se da el peligro de que aumente la punición de acciones “éticamente incoloras”, pero que significarían luego una infracción moral que podría ser considerada, bajo las circunstancias normales de la sociedad moralista, como dignas de castigo.

tribunales, la simplificación de procedimientos¹⁸¹ y la terminación del procedimiento simplificada (archivo por motivos de oportunidad).

Igualmente se vieron los efectos de esta expansión en el área de imposición de penas. La existencia de una amenaza de privación de la libertad para acciones consideradas éticamente incoloras se debería considerar en adelante como inadecuada. Sin embargo, la existencia de esta posibilidad se volvió una tentación para la política al permitir “cargar” éticamente estos hechos de manera populista¹⁸². Eso sí, estaba descartado y fuera de toda consideración el incremento del número de las celdas que supondría la expansión del derecho penal accesorio¹⁸³.

3. PROYECTOS FALLIDOS DE INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN

Desde 1877, apenas entrada en vigor la RStPO, se producían empeños de reforma que buscaban el que fuera posible que se morigerara la ejecución rigurosa del principio de legalidad procesal, en vista de la “abundancia de amenazas penales”¹⁸⁴.

Así es como durante los años 1885, 1894 y 1895, el *Reichstag* estudió proyectos de reforma, que versaban sobre estos temas. Finalmente, el principio de oportunidad se vio plasmado en la iniciativa legislativa de 1904. Y para 1905 se constituyó una comisión para la reforma del

¹⁸¹ Por ejemplo, con la creación del procedimiento por mandato penal.

¹⁸² A veces esto salía bien, por ejemplo, durante el tiempo posterior a la Primera Guerra Mundial con la figura del “desplazador”, en la cual resonaban los estereotipos antisemíticos de forma frecuente; ello se comprueba con la presencia de términos como *obreros ilegales o clandestinos (Schwarzarbeiter)* y *locos (raser)*, usados indistintamente.

¹⁸³ Se tendría que examinar la tesis acerca de si esta base material no ha sido un factor más eficaz para la conversión total de la relación de encarcelación y multa en el curso del siglo XX, que la superestructura teórica (“nocividad de las encarcelaciones breves”, “humanización del derecho penal”).

¹⁸⁴ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 21 y ss.; para la historia de las otras reformas, véase: Proyecto StPO 1908, pp. 135 y ss.

proceso penal¹⁸⁵, dado que se pasó de una corriente que abogaba por la modernización de las leyes existentes, a la idea de una reforma completa, apoyada por comisiones plurianuales. En esta se llegaba a un primer acuerdo entre sus asesores, consistente en que en todas las infracciones y delitos cometidos por jóvenes se debería limitar el principio de legalidad procesal, ya que en estos casos podría suprimirse el interés público¹⁸⁶. Lo anterior porque se había estado discutiendo la inexistencia de un interés estatal en muchos procesos penales junto con la innecesaridad del procedimiento a causa de la insignificancia, aunque se aceptaba que ello, en todo caso, podría conducir también a injusticias¹⁸⁷.

En 1908 nació un Proyecto de StPO que en su §154¹⁸⁸ propugnaba por una limitación del principio de legalidad procesal, tomando como referente el “interés público” en relación con las infracciones y los delitos menores individuales¹⁸⁹. Al año siguiente se consideró igualmente dicha limitación¹⁹⁰. En todo caso no se eliminaron conductas tipificadas, ya que si aumentaban las infracciones, debería ser posible la persecución penal¹⁹¹. En el Proyecto¹⁹² se contemplaba que el ministerio público podría renunciar a la persecución, siempre que pareciera que “esa persecución del sospechoso no sería necesaria a causa de la insignificancia del delito”. La escala de insignificancia fue sustituida más tarde por el grado de “interés público”¹⁹³. Sin embargo, al establecerse que una autoridad objetiva como el ministerio público podría también elevar la acusación según puntos de vista políticos, se

¹⁸⁵ Protokolle I 1905 und Prot II 1905.

¹⁸⁶ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 23 y ss.; Resolución 119 sobre el § 152 StPO, Protokolle II 1905, p. 459; véase Apéndice 1.

¹⁸⁷ Protokolle I 1905, pp. 135 y ss.

¹⁸⁸ Véase Apéndice 1.

¹⁸⁹ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 25 y ss.

¹⁹⁰ Proyecto StPO I y II, 1909.

¹⁹¹ Véase: Proyecto StPO I y II 1909, sobre el § 153, p. 123; así como MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 29 y ss.

¹⁹² Véase: CARSTEN, *Geschichte*, pp. 77-94.

¹⁹³ CARSTEN, *Geschichte*, p. 94.

generó una clara desconfianza de los socialistas hacia el ministerio público, pues abría la posibilidad de un abuso del derecho de acusación por parte la clase gobernante contra los obreros¹⁹⁴.

Estas ideas también encontraban su reflejo en el derecho penal material. Por ejemplo, el §83 del Anteproyecto de un StGB de 1909¹⁹⁵ proponía, por primera vez, la impunidad según el derecho material en delitos menores e infracciones con la condición de que en cada caso se tratase de aquellos especialmente leves¹⁹⁶. En 1911 se solicitaba otra vez a una comisión un anteproyecto, el cual propuso también un aligeramiento de la obligación de persecución, en casos de insignificancia¹⁹⁷. En derecho material igualmente surgió una contrapropuesta al StGB¹⁹⁸, que contenía en su §88 la opción de prescindir del castigo en casos especialmente leves, versión que había sido tomada del anteproyecto anterior casi literalmente¹⁹⁹.

Años después, en 1917, nació un proyecto para la simplificación de la administración de justicia²⁰⁰, en cuyo §152 a²⁰¹ se enumeraban los delitos en los cuales, teniendo en cuenta que la culpabilidad del autor y las consecuencias del hecho podían considerarse como mínimas, se podría prescindir de la acusación²⁰².

En todo caso, debido a la Primera Guerra Mundial, la discusión disminuyó marcadamente, aun cuando se mantenía la opinión sobre la necesidad de modificaciones. Todos estos proyectos no prosperaron y, por el contrario, se impuso la concepción de que una reforma del proceso penal se tendría que aplazar hasta tanto no estuviera finalizada

¹⁹⁴ CARSTEN, *Geschichte*, p. 99.

¹⁹⁵ Véase: Apéndice 1.

¹⁹⁶ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 26 y ss.

¹⁹⁷ §155 a KB StPO 1911. Véase: Apéndice 1.

¹⁹⁸ Proyecto StGB de 1911.

¹⁹⁹ Véase: Apéndice 1. MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 31 y ss.

²⁰⁰ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 31 y ss.

²⁰¹ Véase: Apéndice 1.

²⁰² Además se establecía, por primera vez, el monto límite del valor en la suma de 25 marcos. Véase: MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 32 y ss.

la reforma del derecho penal material²⁰³, la cual tampoco se continuó por la Primera Guerra Mundial.

Una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, en 1919, el Gobierno presentó de nuevo un proyecto en el cual aumentaba las facultades del ministerio público y por primera vez equiparaba a la policía con el ministerio público para casos específicos²⁰⁴. En derecho sustantivo, por su parte, se creaba el Anteproyecto de StGB de 1919 que proponía en su §116 la impunidad en casos especialmente leves de faltas o delitos menores²⁰⁵.

Al año siguiente se publicó el Proyecto Goldschmidt/Schiffer²⁰⁶ que establecía en su §177, una vez más, una limitación a la obligación de persecución basada en la culpabilidad mínima del autor y en que las consecuencias de la acción fueran insignificantes²⁰⁷. Además, se ampliaban los derechos de los defensores, desde las diligencias previas y en todos los interrogatorios, no solo judiciales sino también en los realizados por parte del ministerio público, y se imponían condiciones más estrictas para la privación de la libertad. En cuanto a las diligencias previas, se dejaban definitivamente en manos del ministerio público. Este Proyecto, sin embargo, no tuvo mucho éxito, pues fue calificado como muy liberal, aunque las razones que se adujeron

²⁰³ Propuesta del *Bundesrats* sobre la admisión de órdenes penales en delitos menores relativos a prescripciones sobre medidas económicas del 4 de junio 1915 (RGL. p. 325), sustituida por la propuesta del *Bundesrats* del 7 de octubre de 1915 (RGL. p. 631), ley relativa a la simplificación de la administración de justicia del 21 de octubre de 1917 (RGL. p. 1037).

²⁰⁴ CARSTEN, *Geschichte*, p. 102.

²⁰⁵ Proyecto StGB 1919, véase Apéndice 1; MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 33 y ss.

²⁰⁶ Sobre el proyecto véase un trabajo muy completo de Wolfgang Rentzel-Rothe, *Der "Goldschmidt-Entwurf": Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920*, passim.

²⁰⁷ Proyecto StGB 1920, véase Apéndice 1; MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 34 y ss.

fueron relativas a los altos costos de la guerra y al hecho de considerar prioritaria la construcción de un nuevo derecho penal material²⁰⁸.

De esta forma, se continuó con la historia del derecho procesal penal alemán, consistente en que las soluciones a los problemas que padecía siempre se veían coartadas por medio de reformas estatales protectoras que dejaban la solución a medias.

4. INTRODUCCIÓN Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

Dado que las principales manifestaciones del principio de oportunidad son el archivo sin condiciones por motivos de culpabilidad mínima y la falta de interés público del actual §153 StPO y el §153a StPO que establece el archivo con condiciones y mandatos, en esta parte se abordará su introducción en la legislación y posteriormente, se hará un recuento de la introducción de las manifestaciones del principio de oportunidad en la actualidad en Alemania. Adicionalmente, se tratarán las reformas que sobre esta materia se dieron durante la época del nacionalsocialismo.

4.1 La introducción del archivo sin condiciones

4.1.1 Reforma del ministro de justicia Emminger

El ministro de justicia Radbruch²⁰⁹ presentó un proyecto que fue discutido, corregido y presentado con enmiendas el 14 de junio de

²⁰⁸ VORMBAUM, *Einführung*, pp. 178 y ss.

²⁰⁹ Este Proyecto de Ley para la reorganización de los tribunales de lo criminal que se elaboraba en enero de 1922 veía una ampliación masiva de la demarcación de los tribunales de escabinos, como ya había sucedido en el Proyecto de 1920, introduciendo una clara diferenciación entre tribunales de escabinos pequeños y grandes. Además, contenía regulaciones sobre una democratización y ampliación de los escabinos y la elección de jurados. Pero, finalmente, dejaba lo referente a las prescripciones del jurado sin modificación.

1922. En las comisiones responsables del Consejo del Imperio se dieron nuevas modificaciones. Con el nuevo ministro de justicia Heinze se continuó la discusión con modificaciones adicionales. Finalmente, con los nuevos cambios se aprobó el ahora Proyecto Heinze²¹⁰ el 16 de febrero de 1923, y se presentó el 29 de mayo al *Reichstag*. Se comenzó su estudio por parte del *Reichstag*, el cual fue interrumpido pues, mediante un Decreto-Ley de Autorización de fecha 13 de octubre de 1923, el *Reichstag* entró en vacaciones. Así las cosas, el Ministerio de Justicia del Imperio aprovechó para introducir más reformas al Proyecto. La nueva versión del proyecto fue el resultado de una reestructuración total. Se cambió su contenido objetivo, sobre todo a causa de la debilidad financiera del Imperio, lo que había llevado a que entrara en primer plano el punto de vista del ahorro de gastos y con este, la idea de evitar la celebración de procedimientos penales completos, mediante una limitación del principio de legalidad procesal. Este nuevo proyecto de ordenanza para la simplificación del derecho penal fue el que encontró el nuevo ministro de justicia del Imperio, Emminger, en su toma de posesión, y el que envió a las comisiones de control previstas en la Ley de Autorización del Consejo del Imperio y del *Reichstag*, y que, finalmente, terminó convirtiéndose en el Decreto-Ley Emminger²¹¹.

De este Decreto-Ley podemos destacar principalmente que planteaba la conversión del jurado en tribunales de escabinos con tres jueces profesionales y seis escabinos²¹², y que introducía, por primera vez en la ley, causales según las cuales, el ministerio público tendría la posibilidad de no perseguir un determinado hecho con características de ser considerado como delictivo, es decir, las primeras rupturas legales del principio de legalidad procesal²¹³. De esta manera, el Decreto-Ley Emminger significó un empuje considerable y un punto

²¹⁰ Pues, con las diferentes modificaciones, el propio Radbruch dejó de considerarlo como suyo.

²¹¹ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 529 y ss.

²¹² VORMBAUM, *Die Lex Emminger*, pp. 109 y ss.

²¹³ DETTMAR, *Legalität und Opportunität*, Capítulo Quinto (B y C).

de quiebre dentro de la evolución del proceso penal moderno²¹⁴. Así, durante este período tardío de crisis de la economía mundial, se generaron instrumentos de regulación flexibles para la lucha contra la crisis, principalmente en forma de decretos de emergencia expedidos por el presidente del Imperio. Por su parte, el *Reichstag* entró en una espiral descendente, caracterizada por una amplia desconexión y reiteradas ocasiones en que simplemente se disolvía; los cancilleres del Imperio Brüning, Von Papen y Von Schleicher gobernaban con los denominados *gabinetes presidenciales*. Y con ello se continuaba con la política de “alivio” de la justicia penal so pretexto de la necesidad de ahorrar.

El §153 de la RStPO²¹⁵, introducido por el §23 del llamado *Decreto-Ley Emminger*, permitía, por primera vez en la historia con sustento legislativo, que el ministerio público cesara procedimientos según motivos de oportunidad. Es decir, que renunciara a la elevación de una acusación y también a una sanción, a pesar de la afirmación de la sospecha suficiente de la existencia del hecho²¹⁶. Esto gracias a consideraciones de culpabilidad mínima, falta de interés público y consecuencias del hecho insignificantes²¹⁷.

El Decreto-Ley Emminger fue dictado gracias a la Ley de Autorización del 8 de diciembre de 1923²¹⁸, por la cual se le permitía al

²¹⁴ Para algunos, la intervención legislativa de 1924 se consideró como el regreso del sobrepeso del elemento inquisitorial burocrático sobre el elemento contradictorio propio del proceso penal acusatorio. Véase: VORMBAUM, *Die Lex Emminger*, pp. 84 y ss., 174 y ss. Sobre los cambios en la evolución del proceso penal en la República de Weimar, véase: NOBIS, *Die Strafprozessgesetzgebung der späten Weimarer Republik*, *passim*.

²¹⁵ RGBI I, pp. 299 y ss.

²¹⁶ Simultáneamente se aumentaba en tres meses el requisito para proceder a la privación de libertad en procedimientos por mandato penal. Ello se suma a las medidas de emergencia de 1921 debidas a la Guerra, que permitían el que se pudieran cubrir las multas sin límite y se ampliara el uso de procedimientos por mandato penal a todas las faltas.

²¹⁷ RGBI I 1924, p. 15.

²¹⁸ RGBI I, 1923, p. 1179.

gobierno del Imperio, por un tiempo de dos meses, y luego de consultas a las comisiones del Consejo del Imperio y del *Reichstag*, tomar las medidas necesarias y urgentes que considerara necesarias para responder a las necesidades del pueblo y del Imperio²¹⁹.

Esta ordenanza de emergencia debería hacer posible, en tiempos de inflación, que hubiera ahorros en el campo de la administración de justicia. Pero ello, sin embargo, no era el único motivo. El hacer posible que finalmente se materializaran todas las inquietudes sobre el principio de oportunidad que se ventilaron durante las discusiones realizadas durante el siglo XIX y lo corrido del siglo XX, era el punto clave para esta reforma. De esta manera, el 22 de marzo de 1924 se incorporó el §23 del Decreto-Ley Emminger a la StPO como el §153, sin el inciso 4²²⁰.

A. Motivos del legislador

Con la llamada *reforma Emminger* de 1924 se buscó solucionar la sobrecarga de los tribunales y generar un procedimiento más económico y más rápido. Antes de esta no se podían imponer limitaciones al principio de legalidad procesal como se venían discutiendo poco después de la entrada en vigor de la RStPO y habían sido exigidas por las comisiones para las reformas del proceso penal desde 1903²²¹, que habían considerado como absolutamente necesaria la existencia, a cualquier precio, de rupturas al principio de legalidad procesal²²². Pero fue solo como consecuencia de la Primera Guerra Mundial que se produjo el cambio.

²¹⁹ KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, §203, 204 y ss.

²²⁰ RGBI I, 1924, pp. 299 y ss., 338.

²²¹ Sobre el trabajo de la comisión de 1903, véase: INTRATOR, *Strafprozessentwurf*, p. 15; CARSTEN, *Die Geschichte*, pp. 88 y ss.; VORMBAUM, *Die Lex Emminger*, p. 156; SCHÜRER, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, pp. 24 y ss.; KERN, *Geschichte*, pp. 131 y ss. Sobre los proyectos de 1908 y 1909, véase: SCHÜRER, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, pp. 25 ss.; CARSTEN, *Die Geschichte*, pp. 94 y ss.; véase Apéndice 1.

²²² MARQUADT, *Die Entwicklung*, p. 90.

Fueron especialmente dos las razones decisivas. Por un lado, la actividad legislativa incesante condujo a una expansión en el volumen total de los delitos contra el patrimonio, con lo que se enfrentaba la administración de justicia especialmente a bagatelas surgidas de una delincuencia que emergió de la física necesidad material de las personas sin techo o desamparadas, fruto de los desórdenes de la Guerra y de la inflación imparable. Por otro lado, se impuso la necesidad de recurrir a drásticos ahorros y medidas de simplificación, completamente decisivas para semejante situación económica, golpeada por las consecuencias de la Guerra y las cargas de reparación que se le impusieron al Estado alemán²²³.

Ya para 1921, la ley de descarga de los tribunales, con la ampliación de los delitos de denuncia privados, introducía una manifestación del principio de oportunidad. Dos años más tarde, en 1923, con la inflación y una extrema devaluación monetaria, se agudizaron los problemas económicos y políticos. La necesidad financiera del Estado requería una simplificación de la administración y de los gastos en todas las ramas del poder público, algo de lo que no se podía sustraer la rama judicial. El esfuerzo para que fuera posible el tan necesitado ahorro, hacía que se pusiera de nuevo en primer plano la reorganización de la justicia penal. Era un imperativo renunciar a todo lo prescindible en la administración de justicia, simplificarla hasta los límites de lo soportable y abaratar costos²²⁴. Existía una obligación de ahorrar que requería una rápida intervención, por lo que se debería renunciar a lo que, en una situación financiera deseada, podría haber permanecido²²⁵. La relajación de la obligación de persecución parecía verdaderamente indispensable, aunque fuese algo dictado en ese momento por necesidades ajenas a la justicia penal. El insertado §153

²²³ HERTZ, *Geschichte des Legalitätsprinzips*, p. 73; MÜLLER, *Das Strafbefehlsverfahren*, p. 243.

²²⁴ SCHÜRER, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, pp. 30 y ss.; Reichsjustizminister Emminger, *Verhandlungen des Reichstags*, Band 361, p. 12502.

²²⁵ Reichsjustizminister Emminger, *Verhandlungen des Reichstags*, Band 361, p. 12499.

RStPO concedía la competencia al ministerio público de renunciar al procedimiento penal, con la aprobación del tribunal en casos de delitos menores y por motivos de oportunidad. Enseguida, la StPO ampliaba la medida de encarcelación que se establecía en el procedimiento por mandato penal de seis semanas a tres meses²²⁶. Las dos medidas se complementaban. Eran expresión de una justicia penal sobrecargada, donde entraba crecientemente en el primer plano la necesidad de un tratamiento sumario y rutinario para casos de bagatela.

El llamado *Decreto-Ley Emminger* no aportaba en realidad ideas nuevas, sino que recogía básicamente las propuestas de los proyectos de 1904, 1908, 1909 y 1920. Pero precisamente ahora que se convertían en Ley, a través de una ordenanza de emergencia, estos proyectos estudiados y elaborados, donde se establecían por primera vez las excepciones a la obligación de persecución de contenido completamente general, no recibían el reconocimiento que merecían dada su especial importancia y significado. El tema económico y la situación políticamente explosiva daban por primera vez al Gobierno la ocasión de ampliar el poder del ministerio público, algo que ya desde mucho antes había sido discutido, pero que, sin embargo, no había sido políticamente realizable²²⁷.

El Decreto-Ley Emminger fue el comienzo de un desarrollo torrencial de fracturas legislativas en el desarrollo de un proceso penal más nuevo y acorde a la estructura del sistema procesal penal, como ya lo escribía Vormbaum²²⁸.

²²⁶ MÜLLER, *Das Strafbefehlsverfahren*, p. 244; RGBI I, pp. 299, 322.

²²⁷ VORMBAUM, *Die Lex Emminger*, pp. 44 y ss. También se refiere a la difícil situación de la policía en pp. 21 y ss.

²²⁸ VORMBAUM, *Die Lex Emminger*, pp. 171 y ss.

B. Efectos para el derecho penal material

Se comprende automáticamente que esta modificación tenía también efectos para la reforma del derecho penal material, como se desprende de los proyectos de reforma al StGB.

Radbruch diseñó en 1922 un proyecto de código penal, que en su §75²²⁹ establecía que se debería pronunciar una amonestación en lugar de un castigo cuando existiese un caso especialmente leve, en el que, a pesar de la concesión de la atenuante más suave permitida, la pena fuera aún inequitativa²³⁰.

Al año siguiente, mediante los §§29 y 30 del Proyecto de 1923²³¹, se estableció que se debería cancelar un procesamiento penal en caso de infracciones y delitos menores, si eso iba acorde con el interés público²³². En el §75 del Proyecto de StGB de 1925²³³, casi idéntico al Proyecto de 1922, se decía que debería ser posible prescindir de un castigo si, a pesar de la concesión de la atenuante más suave para la pena, esta aún fuera injustamente alta²³⁴.

Luego, en 1927 y 1930, se presentaron otros proyectos de StGB. Conforme al §76 del proyecto de StGB de 1927, que luego fue reproducido en el proyecto de StGB de 1930²³⁵, se debería prescindir del castigo en casos individuales y no para todos los delitos menores, si la culpabilidad fuera mínima y las consecuencias de la acción insignificantes²³⁶. Dado que con estos proyectos se entraría en una contradicción con el §153 II StPO, se dijo que se buscaría una armonización en el proyecto de una ley de introducción al Código

²²⁹ Véase: Apéndice 1.

²³⁰ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 36 y ss.

²³¹ Véase: Apéndice 1.

²³² MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 37, 38.

²³³ Véase: Apéndice 1.

²³⁴ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 37 y ss.

²³⁵ Véase: Apéndice 1.

²³⁶ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 40 y ss.

Penal de 1929²³⁷, en el sentido de que deberían tener igual cobertura las condiciones en que se prescindiría del castigo y las de archivo²³⁸.

4.1.2 Reformas al archivo sin condiciones del §153 StPO

Con la Ordenanza de Emergencia del 6 de octubre de 1931 (Parte IV I, capítulo, §2)²³⁹ se eliminaba la exigencia de la insignificancia del §153 StPO para el archivo, con lo cual el único criterio sería el interés público. Con ello se aspiraba a conseguir un mayor ahorro²⁴⁰.

En general, se puede decir que, durante la república de Weimar, hubo esfuerzos por limitar la influencia del ministerio público, a causa de su función y de sus tareas, sobre la administración de justicia. Para ello se configuró, en los proyectos del Gobierno, extender las facultades del ministerio público, ampliando simultáneamente los derechos del acusado, con el fin de acentuar su posición de parte procesal²⁴¹. El sumario judicial se suprimiría de manera que el juez de instrucción actuaría solo como órgano de protección jurídica independiente, protegiendo al investigado contra cualquier intervención considerable en su esfera de derechos²⁴². Estos proyectos permanecieron igualmente pendientes de trámite.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con el artículo 3 N° 62²⁴³ de la ley de unificación del 12 de septiembre de 1950²⁴⁴, se restableció la versión original del §153 de 1924²⁴⁵.

²³⁷ Véase: Apéndice 1.

²³⁸ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 41 y ss.

²³⁹ RGBI I, p. 537; véase: Apéndice 1.

²⁴⁰ KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, §204, 205 y ss.; VOLKMAR, *JW* (1931), pp. 2889 y ss., 2892.

²⁴¹ Véase: SCHUMACHER, *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich*, pp. 37 y ss.

²⁴² RIEHLE, *Die rechtsstaatliche Bedeutung der Staatsanwaltschaft*, p. 19; SCHUMACHER, *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich*, p. 38.

²⁴³ RGBI I, p. 445.

²⁴⁴ Véase: Apéndice 1.

1. Las infracciones no se perseguirán, si la culpabilidad del autor es mínima y las consecuencias del hecho fueran insignificantes, a no ser que exista un interés público en la disposición de una decisión judicial.

2. Si la culpabilidad del autor de un delito menor es mínima y las consecuencias del hecho son insignificantes, el ministerio público puede renunciar a la elevación de la acusación pública con aprobación del juez de cargo.

3. Si la acusación ya fue presentada, el tribunal puede cesar el procedimiento con la aprobación del ministerio público; la decisión no se puede impugnar.

En la tercera ley de modificación de derecho penal del 4 de agosto de 1953²⁴⁶ se cambiaba la expresión *procedimiento* por la de *en cada caso*²⁴⁷.

En 1964 la “pequeña reforma del proceso penal” cambiaba otra vez el §153 StPO²⁴⁸, aunque a esta reforma no la antecedió ninguna discusión científica²⁴⁹. En su inciso 1 se establecía que la frase “y las consecuencias del hecho fueran insignificantes” fuera eliminada. El inciso 2 regulaba que en el caso de delitos menores y donde existiere culpabilidad mínima y falta de interés público, el ministerio público podría cesar el procedimiento con la aprobación del tribunal responsable de la decisión, y se introducía en el inciso 3 la aprobación del investigado como necesaria.

En 1975 tuvo lugar una modificación del §153 StPO a través del EG StGB de 1974²⁵⁰. Según el nuevo §153 I StPO, el ministerio público,

²⁴⁵ KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 205.

²⁴⁶ BGBl I, p. 735; véase: Apéndice 1.

²⁴⁷ El inciso 3 del §153 StPO se refiere a aquellos casos en que puede archivar el tribunal, luego de presentada la acusación.

²⁴⁸ Véase: Apéndice 1.

²⁴⁹ Solo en los asesoramientos de la comisión jurídica del parlamento alemán se habían determinado los destinos de reforma del §153 StPO. Ello fue anunciado en la *Strafprozessnovelle* del 19 de diciembre de 1965. KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, pp. 205-207.

²⁵⁰ BGBl I, pp. 508, 509; véase: Apéndice 1.

con la aprobación del tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, podría renunciar a la persecución de un delito menor si la culpabilidad del autor se tuviera que considerar como mínima y no existiera interés público en la persecución. Con las mismas condiciones podría proceder el tribunal en caso de un delito menor que ya había sido acusado. Sin embargo, habían dudas, desde mucho antes de este año, alrededor de la interpretación del §153 II StPO (“Si la culpabilidad del autor de un delito menor es mínima [...]”), particularmente bajo la referencia del Código Kleinknecht (29, edición de 1970), sobre el hecho de no exigir como cierta la culpabilidad como condición de archivo²⁵¹. Esta situación se legalizó posteriormente. La aprobación del inculpado no significaba constatación alguna de una aceptación o confesión de la culpabilidad²⁵².

4.2 El período del nacionalsocialismo

Durante el período de la dictadura nacionalsocialista fue cuando el ministerio público recibió el mayor poder en toda su historia²⁵³.

El Gobierno aspiraba a reformas cuya finalidad consistía en que el ministerio público alcanzara tal influencia que dominase el procedimiento de investigación, eliminando definitivamente el control judicial²⁵⁴. Ello le fue dado, en primer lugar, con la posibilidad de elegir ante qué tribunal levantar la acusación²⁵⁵. Precisamente esta facultad condujo a que el equilibrio que hasta entonces se había conseguido

²⁵¹ AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 8 y ss.

²⁵² AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 8 y ss.

²⁵³ Para apreciar en detalle el papel del ministerio público en el nacionalsocialismo alemán, véase: RIEHE, *Die rechtsstaatliche Bedeutung*, pp. 40 a 225; SCHUMACHER, *Kontinuität und Diskontinuität*, pp. 23 y ss.; ROHLING, *DJZ* (1935), pp. 1346 y ss.; HENKEL, en *ZStW* (1935), pp. 35 y ss., 42.

²⁵⁴ RÜPING, *Staatsanwaltschaft und Provinzialverwaltung*, pp. 127, 133; KELKER, en *ZStW* (2006), pp. 389, 394.

²⁵⁵ RÜPING, *Staatsanwaltschaft und Provinzialverwaltung*, p. 131; RIEHLE, *Die rechtsstaatliche Bedeutung der Staatsanwaltschaft*, p. 40.

entre tribunal, ministerio público y acusado, se volcara unilateralmente en favor del ministerio público, desmantelando el derecho a un juez legal²⁵⁶. El desarrollo del proceso, particularmente del procedimiento de investigación, consolidaría al ministerio público como el único “señor de las actuaciones preliminares”, mientras que dejaba al juez como único “señor del procedimiento principal”²⁵⁷. Con ello se quería evitar el control recíproco de los dos órganos.

Aunque también existían voces contrarias a ello²⁵⁸, a partir de 1935, se consolidó la posición del ministerio público. Gracias a la Ley del 28 de junio, se le entregó la facultad de perseguir acciones que no estuvieran legalmente amenazadas con una pena si, luego del empleo análogo de leyes penales existentes, la acción mereciese una sanción según el sentir popular²⁵⁹. Se extendió también el ámbito de empleo de los procedimientos por mandato penal. Y junto con ello, se modificó su consideración como parte procesal²⁶⁰, dado que un órgano que estuviera obligado en virtud de ley también a averiguar las circunstancias que favorecieran al investigado, nunca podría tomar una posición de parte, dado que perdería el mandato de objetividad²⁶¹.

²⁵⁶ RÜPING, *Staatsanwaltschaft und Provinzialverwaltung*, p. 127; SCHUMACHER, *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich*, p. 52.

²⁵⁷ EXNER, en *ZStW* (1935), pp. 1, 7; HENKEL, en *ZStW* (1935), pp. 35, 37; PETERS, en *ZStW* (1937), pp. 34, 40; DAHM, *GA* (1935), pp. 257, 259, 263; DEUSCHLE, *Stellung der Staatsanwaltschaft*, pp. 44, 46; HÜBNER, *JW* (1929), pp., 982, 983; RÜPING, *Staatsanwaltschaft und Provinzialverwaltung*, p. 130; RIEHLE, *Die rechtsstaatliche Bedeutung der Staatsanwaltschaft*, p. 92.; HENKEL, en *ZStW* (1935), pp. 35, 38; PETERS, en *ZStW* (1937), pp. 34, 40; FREISLER, en *DSrR* (1935), pp. 228, 244.

²⁵⁸ OETKER, *Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, pp. 80, 92; ANRATHS, *Die richtige Gestaltung des Strafverfahrens*, pp. 72 y ss.

²⁵⁹ RGBI I, p. 844 Art I Nr. 1 a.

²⁶⁰ RIEHLE, *Die rechtsstaatliche Bedeutung der Staatsanwaltschaft*, p. 96; SCHUMACHER, *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich*, pp. 62 y ss.

²⁶¹ HENKEL, *DJZ* (1935), pp. 530, 531; el mismo, *DSrR* (1935), pp. 129, 135, 277, 279; PETERS, en *ZStW* (1937), pp. 34, 39; RÜPING, *Staatsanwaltschaft und Provinzialverwaltung*, pp. 128, 129.

El objetivo que atribuían los nacionalsocialistas al ministerio público se manifiesta más claramente en la caracterización que hacían los autores nacionalsocialistas del ministerio público. Floegel lo veía como el brazo de la dirigencia estatal del pueblo en el ámbito de la justicia penal²⁶², Freisler lo calificaba como la tropa militar de la justicia²⁶³ y para Jung era el pelotón de asalto de la moderna justicia penal que luchaba por la dirección política en el frente de avanzada²⁶⁴. El ministerio público se debería aprovechar, pues, como un órgano de lucha política para el control e influencia de los tribunales.

En cuanto a las estipulaciones del principio de oportunidad, durante los años 1936, 1937 y 1939 se realizaron proyectos que se referían a la “culpabilidad mínima” en sus §§26, 12 y 15, respectivamente²⁶⁵, y presentaban “la protección de la comunidad popular” como sustituto del “interés público”. Se añadía una parte que establecía que las consecuencias de la acción ya no se deberían considerar²⁶⁶.

De importancia en estos proyectos son los §12 del proyecto de StPO de 1937 y §15 del proyecto de StPO de 1939, en los que se establecía el paso de un punto de vista abstracto a uno concreto. En efecto, la idea era que primero se tendría que averiguar el castigo que se debería esperar en relación con algunos casos concretos y, mediante esta constatación, se debería decidir entonces si la acción era insignificante en lo que se refiere a la supresión a causa de insignificancia²⁶⁷.

El 13 de agosto de 1942, mediante el §2 II²⁶⁸ de la Ordenanza para la Simplificación más Amplia de la Administración de Justicia²⁶⁹, se eliminaba la necesidad de la aprobación del tribunal de conocimiento para la aplicación del principio de oportunidad que existía según el

²⁶² FLOEGEL, *DRiZ* (1935), pp. 166 y ss., 169, 171

²⁶³ FREISLER, *Das kommende deutsche Strafverfahren*, pp. 54 y ss.

²⁶⁴ JUNG, *DJ* (1935), pp. 473 y ss.

²⁶⁵ Véase: Apéndice 1.

²⁶⁶ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 59, 60.

²⁶⁷ MEYER-GOLDAU, *Der Begriff*, pp. 60 y ss.

²⁶⁸ Véase: Apéndice 1.

²⁶⁹ RGBI I, p. 508.

§153 II StPO²⁷⁰. Y, posteriormente, mediante los §§152 inciso 3, 153 inciso 2, 153a, 154b StPO se concedió la competencia única al ministerio público sin participación judicial o control respecto a la persecución o no persecución²⁷¹.

Con la Cuarta Ordenanza para la Simplificación más Amplia de la Justicia Penal²⁷² del 13 de diciembre de 1944²⁷³, se estableció en su artículo 2 §8 III²⁷⁴, por primera vez, la posibilidad de combinar los archivos con suspensiones del procedimiento condicionadas. No se estableció el tipo de condiciones específicas de cuyo cumplimiento dependía el que pudiera ser archivado el procedimiento. En todo caso, se privilegiaron las condiciones consistentes en el pago de multas²⁷⁵.

El caos jurídico que prevaleció inmediatamente después del final de la Guerra y la subsecuente fragmentación del derecho, gracias al ejercicio del poder legislativo de las potencias vencedoras, terminó en 1950 con el decreto de la Ley para el Restablecimiento de la Unidad Jurídica²⁷⁶. En el procedimiento penal, se restablecieron las normas como estaban antes de las intervenciones del régimen nacionalsocialista. Tan solo se mantuvieron las renovaciones introducidas durante el período de 1933 a 1945, en tanto que provinieran de asesorías y proyectos realizados antes de 1933 y representaran un progreso²⁷⁷.

²⁷⁰ KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 205.

²⁷¹ SCHUMACHER, *Kontinuität und Diskontinuität*, p. 28.

²⁷² RGBI I, p. 339.

²⁷³ RGBI I, p. 339.

²⁷⁴ Véase: Apéndice 1.

²⁷⁵ KERN, *Strafverfahrensrecht*, p. 49.

²⁷⁶ BGBI I, pp. 455 y ss.; RIEHLE, *Die rechstaatliche Bedeutung*, pp. 256 y ss., 260 y ss.

²⁷⁷ En concreto, para las causales del principio de oportunidad relativas al archivo en caso de acciones realizadas en el extranjero o si hubiesen sanciones pendientes en el extranjero (§153a de esa época), y el archivo en caso de víctimas de chantajes (§154b de esa época), véase: SCHUMACHER, *Kontinuität und Diskontinuität*, pp. 36 y ss.

4.3 El archivo con condiciones del §153a StPO

Los principales motivos para la introducción de este precepto en la legislación alemana fueron, a saber:

1. El limitado empleo del §153 StPO, dado que para los fiscales, en algunos casos, era injusto dejar que un autor se librara del proceso sin ninguna contraprestación²⁷⁸.
2. La necesidad de descargar a la justicia de la criminalidad de bagatela para dar lugar a una persecución más intensa de la criminalidad central y difícil²⁷⁹.
3. El aumento de los casos susceptibles de ser llevados mediante esta prescripción²⁸⁰.
4. Una mejor salida para el infractor que ha cometido un delito insignificante, que no conlleve la tacha del antecedente penal, sea discreta, que no necesite la realización del procedimiento principal²⁸¹.
5. Las transformaciones en el derecho penal material gracias al EGStGB de 1974²⁸². Conforme al artículo 19 del EGStGB se habían suprimido, desde el 1 de enero de 1975, las infracciones. Algunas fueron definitivamente suprimidas, otras fueron trasladadas a la Ley de Contravenciones e Infracciones Administrativas (OWiG) o acogidas en prescripciones legales particulares de cada estado federado alemán (*Land*).

²⁷⁸ SCHUTH, *Die Einstellung*, pp. 4 y ss.; Borrador StGB, ST Drucksache VI, 3250, p. 285; Borrador I. St VRG, BR-Drucksache 208/72, p. 47; Borrador EG StGB, BT-Drucksache 7/550, p. 298.

²⁷⁹ Declaraciones al segundo informe escrito del 2 StRG BT Drucksache V/4095, pp. 49 y ss.; primer informe de la comisión especial, BT Drucksache 7/1261, pp. 26, 27; SCHUTH, *Die Einstellung*, pp. 4, 5 y ss.

²⁸⁰ SCHUTH, *Die Einstellung*, pp. 5, 6; borrador EG StGB; BT-Drucksache VI 3250, p. 284; borrador 1.StVG; BR-Drucksache 208/72, p. 47; primer informe de la comisión especial BT-Drucksache 7/1261, pp. 26, 27.

²⁸¹ SCHUTH, *Die Einstellung*, pp. 5, 6.

²⁸² AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 14 y ss.

6. Para evitar que aquellos delitos que habían experimentado una nueva recatalogación como delitos menores, como por ejemplo, el §370 I N° 5 (hurto famélico) y el §248 a StGB (hurto y apropiación indebida de cosas de escaso valor)²⁸³, se les impusiera un tratamiento más severo que antes, el legislador, mediante las prescripciones procesales de los §153, §153 a StPO, hacía que se introdujera una solución procesal penal²⁸⁴.

4.4 Síntesis sobre la incorporación de causales del principio de oportunidad en la legislación

En relación con la evolución de esta institución, se observa cómo, en un primer momento, la RGStPO del 1 de febrero de 1877 estableció la obligación para el ministerio público de ejercer la acción pública “en tanto no estuviera determinado legalmente lo contrario”²⁸⁵. Sin embargo, la necesidad de morigerar el estricto principio de legalidad procesal, avivó la discusión científica durante finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Ya en 1923 se modificó esta situación al introducir posibilidades de abstención cuando existieren hechos de escasa culpabilidad y ausencia de interés público²⁸⁶, o cuando existieran hechos punibles accesorios no esenciales que fueran susceptibles de no ser perseguidos²⁸⁷; más tarde, en 1929, se amplió la facultad a

²⁸³ AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 14 y ss.

²⁸⁴ AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 14 y ss.

²⁸⁵ LÖWE, *Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich*, p. 483. Y, de hecho, ya desde la primera recopilación de la StPO alemana se habla de *oportunidad*, aunque no estuviera en la ley.

²⁸⁶ Esta posibilidad con diversas modificaciones es la consignada en el actual §153 que trata sobre la no persecución de asuntos de poca importancia, en los cuales puede el ministerio público prescindir de la persecución, siempre que exista culpabilidad mínima y falta de interés público.

²⁸⁷ Corresponde al actual §154. Según esta causal, se puede abstener el ministerio público de perseguir aquellos hechos punibles accesorios no esenciales, ya sea porque la sanción que se impondría no sería relevante al lado de una ya impuesta contra el

situaciones en las que el inculpado fuera a ser extraditado o expulsado del territorio²⁸⁸; en 1931 se amplió para casos en los que estuviera pendiente una resolución sobre una cuestión prejudicial civil o administrativa, dándole un plazo transcurrido, dentro del cual podría archivar el proceso²⁸⁹; en 1935 se añadió la facultad de renunciar a la acción penal en casos en que la persona fuera sujeto pasivo de una coacción o chantaje con la amenaza de revelar ese hecho punible que se amenazaba²⁹⁰; cinco años después, en 1940, fue el turno de ampliar esa facultad de abstenerse de la persecución en el caso de hechos extranjeros²⁹¹; al terminar la Segunda Guerra Mundial, la ley de unificación del 12 de septiembre de 1950 devolvió la situación a la vigente diecisiete años atrás para las tres zonas de ocupación a excepción de la zona de ocupación soviética, pero, no obstante, se mantuvieron los supuestos del principio de oportunidad que se habían demostrado como adecuados, es decir, los referentes a hechos cometidos en el extranjero y en relación con el chantaje; en 1951 se consideró que, en casos en los cuales se den los presupuestos para que el tribunal pueda prescindir de la pena, el ministerio público podrá abstenerse igualmente de la persecución²⁹²; tiempo después, en 1964,

inculpado, o no fuera posible esperar en un plazo razonable una sanción y bastare la que ya ha sido impuesta contra el procesado.

²⁸⁸ Actualmente es el §154b, relativo a la abstención en casos en que el procesado fuera entregado en extradición por ese hecho o por otro de mayor importancia.

²⁸⁹ Correspondiente al actual §154d. Lo primero que es necesario anotar sobre esta causal es que mediante la Ley Urgente del 6 de octubre de 1931 se eliminó la necesidad del proceso en caso de contravenciones para cuya persecución faltara interés público. Esta causal se aplica en casos en los cuales la acción penal depende de una cuestión prejudicial civil o administrativa, por lo que el fiscal del caso puede dar un plazo para la resolución en esas jurisdicciones y si, una vez pasado este, continúa sin definirse, puede archivar el proceso.

²⁹⁰ Que actualmente es el §154c, relativo a la abstención en los casos en los cuales el investigado ha sido sujeto pasivo de una coacción o un chantaje, y no es necesaria la expiación por el hecho materia de la investigación.

²⁹¹ Correspondiente hoy al §153c, relativo a la posibilidad de abstención que se le da al ministerio público de aquellos hechos cometidos en el extranjero.

²⁹² Equivalente al hoy §153b. En esta causal se faculta al fiscal para abstenerse en aquellos casos en los cuales un tribunal prescindirá de la pena.

se estableció la posibilidad de limitar la persecución penal en caso de partes separables de un hecho o particulares de varias violaciones legales, que hubieran sido cometidas por el mismo hecho²⁹³; cuatro años más tarde, en 1968, se amplió la abstención de la persecución en consideración de motivos políticos que afectaran al país²⁹⁴, y en este mismo tipo de delitos en caso de arrepentimiento activo²⁹⁵; en 1974, se introdujo el archivo del proceso en caso del cumplimiento de una serie condiciones y mandatos²⁹⁶, y en casos de falsas sospechas o injurias si estuviere pendiente un proceso penal o disciplinario²⁹⁷; en el 2002 se introdujo la facultad de abstención en caso de delitos de derecho penal internacional de competencia de la Corte Penal Internacional²⁹⁸; y, finalmente, en el 2009, se amplió la posibilidad para el ministerio público de cesar provisionalmente el procedimiento en aquellos casos en los cuales la ausencia del procesado u otro obstáculo relacionado con su persona impidieran la apertura del procedimiento principal o su ejecución durante un amplio lapso de tiempo, si aún no se hubiere

²⁹³ Actualmente es el §154a, que hace referencia a la posibilidad de limitar la persecución penal, si es posible la separación de hechos que no tuvieren importancia.

²⁹⁴ Es el actual §153d, donde se faculta la abstención de la persecución por motivos políticos.

²⁹⁵ Corresponde al actual §153e. En esta causal el ministerio público puede abstenerse de la persecución en casos de ciertos delitos donde se da el arrepentimiento activo.

²⁹⁶ Con modificaciones es el hoy §153a, donde el fiscal del caso, a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones y mandatos establecidos en la norma, procede al archivo del proceso.

²⁹⁷ Corresponde al actual §154e, donde el fiscal del caso debe abstenerse del ejercicio de la acción penal en caso de falsas sospechas o injurias, mientras esté un caso pendiente, penal o disciplinario, relativo a ello.

²⁹⁸ Equivale al §153f, donde se compatibiliza la StPO con el VstGB, para contrarrestar una sobrecarga de la justicia penal, limitando la persecución penal del fiscal tan solo a aquellos casos en los que sea posible obtener resultados y dejando la posibilidad de abstenerse de la persecución del resto. Al respecto, véase, por todos, AMBOS, *Revista penal* (2007), pp. 22 y ss.

presentado la acusación pública, previo esclarecimiento del hecho y el aseguramiento de las pruebas²⁹⁹.

El §153a StPO actual fue introducido por el artículo 21 N° 44 del EG StGB 1974³⁰⁰ que entró en vigor el 1 de enero de 1975. Esta prescripción plantea que el ministerio público puede renunciar en el caso de un delito menor a una acusación, con aprobación del tribunal responsable de la inauguración del procedimiento principal y del imputado, si exigiéndole ciertas condiciones y mandatos al imputado, se elimina el interés público en el procesamiento penal. Si la acusación ya se interpuso, el tribunal puede cesar el procedimiento provisionalmente conforme al §153a II StPO mediante las mismas condiciones³⁰¹.

Así las cosas, treinta años después de que entrara en vigor la Cuarta Ordenanza para la Simplificación más Amplia de la Justicia Penal, vuelve de nuevo en 1974 la posibilidad de archivo bajo condiciones en una ley. Sin embargo, archivos semejantes se habían manejado en la práctica por fuera de la ley durante largo tiempo, especialmente en procesos relativos a delitos contra la seguridad vial en los cuales también el pago de las costas del procedimiento era una condición para proceder al archivo³⁰².

IV. ACTUALIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ALEMANIA

Puede decirse, de manera preliminar, que se entiende por *principio de oportunidad* la facultad que se le otorga al ministerio público para decidir autónoma y discrecionalmente, dentro de un marco más o menos determinado, sobre la posibilidad de iniciar, continuar o interrumpir la persecución penal.

²⁹⁹ Este párrafo, §154f, fue introducido mediante la Ley del 29 de julio del 2009 (BGBl. I p. 2280), y entró en vigor el 1 de octubre del 2009.

³⁰⁰ Véase: Apéndice 22; BGBl. I, pp. 469, 508 y ss.

³⁰¹ AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 9-11.

³⁰² AHRENS, *Die Einstellung*, pp. 9-11

La cuestión de qué criterios forman la base para desestimar un caso por falta de interés público o las políticas relacionadas con la decisión es un complejo con una variedad de respuestas. Sin embargo, se han agrupado en esta categoría porque son, fundamentalmente, una excepción o limitación al principio de legalidad procesal, esta última permite al ministerio público dejar de presentar la acción penal ante los tribunales, a pesar de contar con material probatorio que sirve para interponer dicha acción³⁰³. Casi todas las jurisdicciones, abiertamente o no, esperan que su ministerio público no solamente examine en un caso los méritos legales para decidir si este debe ser llevado ante los tribunales, sino que también considere cuáles no merecen ser llevados ante los tribunales.

El principio de oportunidad abarca, en general, todas aquellas circunstancias en las cuales el ministerio público considera discrecionalmente que no se precisa la persecución³⁰⁴. Esto incluye, de hecho, una amplísima gama de situaciones, cuyo único común denominador es, precisamente, el de ser considerados eventos que no ameritan el inicio o la persecución de la acción penal. Así, se encuentran desde casos de escasa criminalidad, hasta situaciones donde prevalece la extradición a la persecución misma.

Como se observa, el desarrollo ha sido dispar y sin ninguna clase de relación u organización definida, fruto de los procesos históricos y de las necesidades de las épocas en que se produjo. Sin embargo, todas estas manifestaciones se enmarcaron dentro del concepto abarcante *principio de oportunidad*. Ahora bien, para tratar de explicar este fenómeno se han realizado algunos acercamientos desde diversos ámbitos. Sin embargo, para exponer los supuestos que dan lugar a la aplicación del principio de oportunidad en Alemania, se utilizará la

³⁰³ PETERS, *Strafprozess*, pp. 172 y ss, VOLK, *Grundkurs*, p. 114; STEFANI,/LEVASSEUR,/BOULOC, *Procédure*, pp. 538 y ss.; KÜHNE, *Strafprozesslehre*, pp. 106 y ss.; DEBOVE,/FALLETI, *Précis de droit*, p. 287; GENDREL, *Éléments*, p. 83; CONTE,/DU CHAMBON, *Procédure*, pp. 128 y ss.; SOYER, *Droit pénal*, pp. 261 y ss.; RASSAT, *Procédure*, pp. 224 y ss., 237 y ss.

³⁰⁴ TORREN, *La justicia*, pp. 87 y ss.

clasificación que proponen Roxin y Schünemann³⁰⁵, quienes agrupan las situaciones de oportunidad con base en sus características comunes. Esta decisión se toma principalmente porque dota de mayor claridad a la institución y porque tradicionalmente, en la doctrina, esta clasificación es la que se suele utilizar por parte de quienes analizan la institución con cierta sistematicidad pues, por regla general, no se hacen tales esfuerzos, sino que se procede al estudio de los párrafos que la componen³⁰⁶.

Roxin y Schünemann consideran que las causales se pueden organizar en cuatro grandes grupos como se expone a continuación.

1. CASOS DE INSIGNIFICANCIA

1.1 Casos de insignificancia absoluta

Son aquellos en los cuales se llega a considerar la culpabilidad del autor como insignificante y, adicionalmente, el hecho es considerado como de mermada significación social para una persecución. Así las cosas, en estos casos los conceptos de *culpabilidad mínima del sospechoso* y *falta de interés público en la persecución penal* entrarían a limitar la libertad en la discrecionalidad del ministerio público, no solo en lo que tiene que ver con los criterios para renunciar a la persecución, sino también, en última instancia, sobre lo que debe entenderse como *principio de oportunidad*³⁰⁷. En estos casos se puede clasificar sin problema la última causal creada por el legislador relativa al paso del tiempo, donde se establece la posibilidad de archivar el proceso, una vez sean

³⁰⁵ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 14.

³⁰⁶ Así, por ejemplo, ERB, *Legalität* pp. 67 y ss; POTT, *Ausserkraftsetzung*, pp. 40 y ss.

³⁰⁷ El concepto es, sin embargo, aún usual. Compárese BLOY, *GA* (1980), p. 183; HAMM, *NJW* (1996), p. 2981; KMR-PLÖD, *StPO* § 153 nm. 1; MEYER-GOSSNER *StPO* § 152 nm. 7; KAISER/MEINBERG, *NSZ* (1984), pp. 343, 344; GÖBEL, *Strafprozess*, pp. 105, 109; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 140; BEULKE, *Strafprozessrecht*, pp. 224 y ss. VOLK, *Grundkurs*, pp. 117 y ss.; con una limitación de la definición, véase: SK-WEßLAU *StPO* §152 nm. 32.

clarificados los hechos, dentro de lo posible, y asegurados los medios probatorios con los cuales se cuente, si durante un tiempo considerable no ha sido posible interponer la acción pública debido a la imposibilidad de establecer un investigado o la existencia de otro impedimento personal que lo impida³⁰⁸.

Roxin y Schünemann incluyen en este grupo aquellos casos en los cuales el tribunal podría prescindir de la pena³⁰⁹, cuestión distinta de los casos en que no existen suficientes motivos para ejercer la acción pública.

1.2 Casos de insignificancia relativa

Son aquellos en los cuales se puede prescindir de la persecución penal, cuando la pena o medida de seguridad a la que llevaría la persecución carezca de importancia frente a las impuestas o aquellas que pudieran imponerse al inculpado a causa de otro hecho. Igualmente, cabe prescindir de la persecución penal cuando no fuera de esperar una sentencia, a causa de ese hecho, en un plazo razonable, y las impuestas o aquellas que pudieran imponerse al inculpado a causa de otro hecho fueran suficientes para la actuación sobre el autor y la defensa del ordenamiento jurídico³¹⁰.

Adicionalmente, a este grupo pertenecerían aquellos casos en los que sea posible limitar la acusación, o sea posible separar hechos delictivos, permitiendo excluir de la acusación las partes de menor importancia. De la misma manera, cuando concurren una o varias lesiones a la ley con un mismo hecho.

³⁰⁸ El actual §154f StPO que entró en vigor el 1 de octubre del 2009.

³⁰⁹ §153b StPO, y §§60, 46a, 157 StGB. GÖBEL, Klaus, *Strafprozess*, p. 109. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 141.

³¹⁰ GÖBEL, *Strafprozess*, pp. 110 y 111.; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 143; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 229.

1.3 Casos en los que confluyen situaciones relacionadas con el extranjero

Con estas características pueden darse casos en los cuales el hecho se ha cometido en el extranjero y a causa del hecho ya ha sido ejecutada una pena contra el imputado en el extranjero, se encuentra pendiente de imponerse o ha sido absuelto mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. En los dos primeros casos, en los que podría pedirse la extradición del imputado, la justicia penal interior carece de interés en la persecución del autor³¹¹.

Pero también existen situaciones que no tienen que ser necesariamente relacionadas con el hecho delictivo en sí. Así, por ejemplo, en el caso en que el imputado cometa un delito menor y sea procesado, pero exista una petición de extradición por un delito grave, por lo que la persecución del delito menor debe darle paso a la extradición para la persecución del delito grave por el que es solicitado³¹².

Por último, se puede prescindir de la acción en los casos en que el hecho sea de competencia de la Corte Penal Internacional³¹³.

En general, en este apartado se incluyen los casos que se dan básicamente cuando confluyen circunstancias supranacionales.

1.4 Insignificancia debido a tráfico de estupefacientes de uso personal

Por último, se incluyen dentro de los casos de insignificancia los relativos al porte de estupefacientes de uso personal, lo que se denomina la *dosis mínima*. En Alemania, de conformidad con el §31a

³¹¹ GÖBEL, *Strafprozess*, p. 109; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 144.; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230; BOCK, *GA* (2010), pp. 589 y 590, en un intento de concretar el concepto de *interés público*, 592-597.

³¹² GÖBEL, *Strafprozess*, p. 112; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230.

³¹³ GÖBEL, *Strafprozess*, p. 109; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230.

BtMG³¹⁴, el ministerio público puede prescindir de la persecución cuando la culpabilidad del autor fuera leve, no existiera interés público en la persecución penal y los estupefacientes fueran para su propio consumo. El Tribunal Constitucional Federal alemán considera, al interpretar este artículo³¹⁵, que en caso de posesión y compra de pequeñas cantidades de *cannabis* debe ser siempre dictado el archivo del proceso. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el §31a BtMG³¹⁶, el ministerio público tiene la posibilidad de abstenerse de la persecución penal en casos de contravención del §29, apartados 1, 2 y 4 de la misma BtMG³¹⁷, siempre que la culpabilidad del autor sea insignificante, no exista interés público en la persecución del hecho y los estupefacientes sean para el consumo propio. El BVerfG considera permitida y adecuada esta limitación básica de la obligación de persecución³¹⁸. La cantidad mínima no aparece, según el objetivo de ley, para la afirmación del valor límite de la dosis personal. Se tiene que determinar, en algunos casos, según criterios diferentes³¹⁹. Para el criterio del “autoconsumo”, es decisivo que el consumidor no ponga a terceros en peligro. En cambio, es banal si el consumidor es ocasional

³¹⁴ Esta norma básicamente se refiere al caso en que el ministerio público esté frente a un procedimiento por una de las faltas establecidas en el §29 I, II o IV BtMG. En esos casos puede renunciar a la persecución si la culpabilidad del autor se pudiera considerar como mínima, no existe interés público en el procesamiento penal y los narcóticos son únicamente para consumo propio, siempre que sea una dosis mínima la que posea.

³¹⁵ NJW 1994, 1577 la decision del hachis. Véase ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 14; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 144; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230; KREUZER, NJW 37 (1994), pp. 2400-2402. Y básico el trabajo de SCHÄFER/PAOLA, *Drogenkonsum und Strafverfolgungspraxis: eine Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Anwendung des § 31 a BtMG und anderer Opportunitätsvorschriften auf Drogenkonsumentendelikte, passim*.

³¹⁶ Parágrafo que está en vigor desde el 16 de septiembre de 1992.

³¹⁷ Se trata de preceptos en los cuales se regulan comportamientos relacionados con el cultivo, la elaboración, el tráfico y la producción de drogas.

³¹⁸ BVerfG NJW 1994, pp. 1577, 1583, 1584 y ss.; NELLES/VELTEN, en *NStZ* 1994, p. 366.

³¹⁹ KÖRNER § 29 nm. 1639 y ss.; WIENROEDER/FRANKE § 29 nm. 232 y ss.

o es dependiente de la droga³²⁰. Conforme al §31aII BtMG, durante la etapa de juicio, el tribunal puede archivar el procedimiento con la aprobación del ministerio público. El motivo para ello puede ser que el tribunal juzgue la cuestión de la cantidad pequeña de forma diferente que el ministerio público en su examen, conforme al §31aI BtMG, o que en el curso de la audiencia principal para el acusado hayan acontecido circunstancias más favorables que en la etapa de instrucción.

2. ARCHIVO DEL PROCESO EN CASO DE CUMPLIMIENTO DE ÓRDENES Y MANDATOS

En este grupo se encuentran las posibilidades en las que se puede prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública para aquellos delitos en los que, a pesar de que existe interés público en su persecución, este puede suprimirse imponiéndole una serie de condiciones y mandatos al imputado. Estos son de distintos tipos, como la reparación de los daños o el pago de una suma de dinero en favor de una institución de utilidad pública³²¹. Si el imputado las cumple a cabalidad, el hecho ya no puede ser perseguido como un delito.

3. EXISTENCIA DE INTERESES PRIORITARIOS A LA PERSECUCIÓN PENAL

3.1 Cuando el proceso genere peligros en delitos contra la seguridad del Estado

En aquellos delitos contra la seguridad del Estado, cuando quiera que la realización del procedimiento represente una amenaza mayor

³²⁰ KÖRNER § 31a nm. 18.

³²¹ GÖBEL, *Strafprozess*, p. 107. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 141. BEULKE, *Strafprozessrecht*, pp. 226-229. No pueden ordenarse otras condiciones ni indicaciones aparte de las mencionadas en el §153a, I N° 1-4 según Stuttgart NJW 80, 1009.

para la seguridad del Estado que la del hecho mismo o, en general, alguna desventaja, se puede prescindir de la persecución. Igualmente cuando otros intereses preponderantes se opusieran a la persecución del delito³²².

3.2 Casos de arrepentimiento activo en delitos contra la seguridad del Estado

También en casos de arrepentimiento activo por parte del autor, en determinados delitos contra la seguridad del Estado, es viable la abstención de la persecución. Para ello, se requiere que el sujeto con su actuar haya contribuido a evitar un peligro para el Estado³²³.

3.3 Casos de coacción o chantaje de amenaza de revelar un hecho punible

La abstención por parte del ministerio público se daría igualmente en los casos en que se haya cometido una coacción o un chantaje a través de la amenaza de revelar un hecho punible, en relación con el hecho cuya revelación se amenaza, siempre y cuando, dada la gravedad del hecho “no fuera imprescindible la expiación”³²⁴.

3.4 Cuestiones prejudiciales civiles o administrativas: casos de injurias o afines, pendientes de procesos penales o disciplinarios

Asimismo, el ministerio público podrá archivar el proceso cuando el ejercicio de la acción pública dependa de una cuestión prejudicial civil o administrativa, una vez se haya cumplido un plazo que el propio ministerio público puede determinar para la resolución de esta.

³²² GÖBEL, *Strafprozess*, p. 109. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 141; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230.

³²³ GÖBEL, *Strafprozess*, p. 109. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 141; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230.

³²⁴ GÖBEL, *Strafprozess*, p. 112; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230

También deberá abstenerse del ejercicio de la acción pública en caso de injurias o falsas sospechas, siempre que el acto denunciado o declarado esté pendiente de un proceso penal o disciplinario³²⁵.

3.5 Impunidad al partícipe para que actué como testigo de cargo

En un último apartado añaden Roxin y Schünemann la posibilidad, bastante discutida, de garantizar cierta impunidad a un partícipe en un hecho delictivo, con el fin de utilizarlo como testigo principal de cargo contra sus cómplices³²⁶.

4. CUANDO LA VÍCTIMA PUEDE LLEVAR POR SÍ MISMA LA PERSECUCIÓN

Los delitos privados representan el último grupo de casos que conllevan la posibilidad de abstención del ministerio público. La situación se presentaría cuando el ministerio público considere, *a priori*, que existe un interés público en la persecución, por lo que estaría facultado para iniciar el proceso o para intervenir en el ya iniciado por el particular³²⁷. Ya estando el ministerio público encargado del

³²⁵ GÖBEL, *Strafprozess*, p. 112. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 141; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 230.

³²⁶ BAUMANN, en *JuS* 75, pp. 371; JAHREISS, en *FS für Lange*, pp. 765 y ss.; JUNG, *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, 1974; MIDDENDORF, en *ZStW* 85 (1973) p. 1102; WEIGEND, *FS für Jescheck*, p. 1333; JAEGER, *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von §31 BtMG*, 1986; HASSEMER, en *StrV* 86, p. 550; BUTTEL, *Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen im Betäubungsmittelstrafrecht, § 31 BtMG*, 1988; BERNSMANN, *JZ* 88, p. 539; DENNY, en *ZStW* (1991), p. 269; HÄUSLER, *Der Kronzeuge usw. en: 14. Strafverteidigertag 1990*, 1991, p. 45; HIRSCH, *FS für Lange*, pp. 815 y ss.; HOYER, en *JZ* 1994, p. 233. Sin embargo, la mayoría de las veces, el valor probatorio de las declaraciones compradas y la adecuación al Estado de derecho de los medios así utilizados son dudosos (MIDDENDORF, en *ZStW* (1973), p. 1102; WEIGEND, *FS für Jescheck*, p. 1333. Ambos sobre la práctica estadounidense). BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 231; VOLK, *Grundkurs*, p. 120.

³²⁷ Sobre el proceso en casos privados, se considera que el ofendido puede llevar a cabo, por sí mismo, la persecución —con excepción de la persecución al principio

proceso, puede considerar posible abstenerse de continuar la persecución. Y ya que no puede obligarse a los particulares a perseguir dichos delitos ni a someter tal aspecto a criterio alguno que pudiera establecerse legalmente, prevalecen los criterios de oportunidad. Estos son un grupo de ilícitos de menor relevancia para los cuales es necesario fijar una vía más rápida.

V. RETROSPECTIVA

Una vez visto el estado del derecho penal en los territorios de la actual Alemania durante el siglo XIX y principios del XX, lo primero que se puede destacar es que la filosofía que lo sustentaba mantenía un carácter humanista, secular y racional, y estaba marcada por una severa legalidad.

Al finalizar el siglo XIX, se habían logrado imponer algunas exigencias liberales que conseguían una suavización del derecho penal. Lo anterior, cuando quiera que no se opusieran a los intereses dominantes de los que detentaban el poder. Pero, a pesar de estos éxitos menores, la agenda liberal no se pudo imponer en su totalidad³²⁸, sobre todo si se la entiende como forma de expresión política de la ciudadanía pues, con el paso del siglo se perdió casi todo el impulso del ideal liberal³²⁹. En el transcurso del siglo XIX se vio cada vez con mayor claridad la contradicción social y política que existía entre la nobleza y los ciudadanos, caracterizada por la resistencia a abandonar las relaciones feudales de épocas pasadas³³⁰.

de oficialidad: (§§376 y 377 StPO)—. Aunque no puede obligarse a los particulares a perseguir dichos delitos ni a someter tal aspecto a criterio alguno que pudiera establecerse legalmente. Su regulación legal es poco favorable, pues el actor privado deberá pagar por adelantado las tasas judiciales y, eventualmente, prestar fianza para las costas al tenor del §379 StPO.

³²⁸ MALSACK, *Die Stellung der Verteidigung*, p. 187.

³²⁹ Impulso que vió su fracaso con la fallida Revolución de 1849.

³³⁰ VORMBAUM, *Die Sozialdemokratie und die Entstehung*, p. XLI y ss.; NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte*, Tomo I, pp. 414 y ss.

Sin embargo, en el ámbito del derecho penal y, específicamente, del proceso penal, se consiguió, en principio³³¹, lo esperado: el llamado *proceso penal reformado* puede considerarse como el programa de compromiso entre las élites del poder y los reformadores burgueses liberales³³² (con ventajas claras para los primeros)³³³. Así las cosas, el liberalismo burgués aglutinaba las ideas dispersas de los movimientos obreros, ecológicos y feministas. Y el derecho penal se perfilaba como un elemento de control eficaz y ayuda para la imposición de objetivos políticos.

Junto con el Código Penal para el Imperio Alemán, surgió el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)³³⁴, considerados ambos como productos típicos del siglo XIX. Característica propia de ambas leyes es que consideraban como destinatario únicamente al ciudadano libre y mayor de edad que pudiera actuar, en consecuencia, de manera libre. Con ello se denota cómo ambas legislaciones ignoraron los problemas sociales de la época. El BGB ignoraba el perjuicio que había hacia los socialmente débiles; el StGB, las causas sociales de la criminalidad³³⁵. Estos cuerpos legales fueron creados con una altísima calidad dogmática, pero con desconocimiento de los problemas políticos y, especialmente, de la cuestión social que solo hasta la época de Weimar jugó un papel jurídico en ámbitos como el derecho laboral, el derecho

³³¹ Con el desarrollo del proceso durante todo el siglo XIX, algunas conquistas alcanzadas fueron nuevamente perdidas especialmente en lo referente a la constitucionalidad y la legalidad.

³³² IGNOR, *Geschichte*, p. 290.

³³³ Los progresos procesales exigidos en la *Paulskirchenverfassung* e impuestos durante el año de la Revolución, es decir, en 1849, aunque con algunas limitaciones, confirman esta opinión.

³³⁴ Código Civil de Alemania. Su redacción comenzó en 1881.

³³⁵ A causa de esto, no había aquí tampoco ningún esfuerzo por mejorar las condiciones de los autores según criterios de prevención especial. Sin embargo, en todo caso, pronto vendrían una serie de cambios, que se introducirían incluso antes que en el derecho civil.

civil (con la creación de una ley de arrendamientos) y, claro está, con reformas cuidadosas al derecho penal³³⁶.

Al finalizar el siglo XIX, se presentó un cambio en la política criminal cuyo propósito era generar una efectiva lucha contra la criminalidad, ante la incapacidad manifiesta de afrontar el fenómeno delictivo. Así fue como se inició la vertiginosa expansión del derecho penal, que se manifestó tanto en la formación del derecho penal accesorio, que aumentaba a la par con las necesidades políticas, como con el ablandamiento de la severa legalidad penal. Ya superados los miedos de la época inquisitiva y de la arbitrariedad judicial, y superada, a su vez, la necesidad de imponer un férreo sistema de legalidad procesal, se tuvo que estudiar la problemática procesal penal desde el punto de vista objetivo de su capacidad para encargarse de la criminalidad.

En síntesis, se ha intentado mostrar cómo, para el desarrollo del proceso penal moderno, para la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y para la conformación del ministerio público, convergieron múltiples factores, no necesariamente dogmáticos, que influyeron decisivamente en estas instituciones como hoy las conocemos. En particular, las trabas a la función y posición del ministerio público fueron más una estrategia política que una necesidad teóricamente analizada y necesaria para el proceso. Igualmente, la imposición del principio de legalidad procesal se dio en

³³⁶ Fue en esta época de Weimar cuando se vieron las consecuencias negativas del siglo jurídico. Por el método pandectístico (la escuela pandectística trataba de analizar los textos del derecho romano siguiendo el método de la dogmática jurídica, es decir, buscando la extracción de principios, así como la deducción de conceptos nuevos, basados en la abstracción a partir de conceptos anteriores) se había hecho demasiado formalista el derecho. La justicia social, la democracia y los derechos humanos habían sido muy poco tenidos en cuenta, incluso en el derecho constitucional, sin mencionar que los mismos juristas no tenían tradición democrática alguna. A causa de ello, según algunos, pudo el Tercer Reich asegurar su poderío sin mayor contradicción por parte del derecho y tratando de justificarse legalmente.

primer término como manera de evadir el proceso inquisitivo, sin reparar mucho en sus consecuencias a mediano y largo plazo, y, en segundo término, como una jugada estratégica del Parlamento en momentos en que el ejecutivo amenazaba con una mayor intervención en la administración de justicia. Por ello, pese a que hoy en día justificamos o criticamos el principio de oportunidad como manifestación de la discrecionalidad en el proceso penal con base en análisis teórico-penales, no debemos olvidar que en su conformación, y en general en el desarrollo del derecho moderno, múltiples factores propios del desarrollo político de las sociedades modernas influyeron y moldearon su génesis, incluso más allá de lo deseable.

Junto con ello se ha podido ver cómo la evolución de las prescripciones de oportunidad, particularmente las del §153 StPO, se han dado a la par que la propia evolución de las estructuras procesales y, en general, de las vicisitudes de la realidad histórica del Estado alemán. Esto último ha generado, básicamente, la mala fama que carga el principio de oportunidad. En efecto, la idea de presentar este panorama histórico era dar cuenta de cómo se realizaron durante todo el transcurso del siglo XX y, se repite, desde la misma creación del RStPO en 1877, una serie de juiciosos estudios, que mostraban la necesidad de implementar mecanismos para solucionar los problemas de la justicia penal. Con ello se confirma lo relativo al sistema hidráulico y la necesidad de crear válvulas en niveles inferiores con el fin de evitar presión en niveles superiores que crearían mayores y más graves grietas³³⁷. Sin embargo, la mayoría de las reformas no se dieron como resultado de los estudios, sino de las coyunturas históricas de Alemania aunque, eso sí, con base en aquellos. A pesar de lo anterior, se puede afirmar que las prescripciones, independientemente de la forma como se introdujeron en la legislación, fueron en su momento sopesadas y son en los actuales momentos, aunque criticadas, acertadas y necesarias en la justicia penal.

³³⁷ Véase el próximo capítulo donde se estudian los poderes de persecución y el uso de la discreción.

Adicionalmente, se mostró cómo fue la introducción del §153a StPO, dentro de una lógica de la eficacia y del sentimiento de los operadores jurídicos de imponer, así fuese una pena menor, algún tipo de contraprestación al infractor por sacarlo del sistema de justicia penal.

Finalmente, estos son los supuestos de aplicación del principio de oportunidad que se encontraron los legisladores hispanoamericanos y que trasladaron a sus respectivos sistemas legales en busca de hacerlos más eficaces y de darle mayores herramientas al ministerio público.

CAPÍTULO 3

EL PROBLEMA DEL AUMENTO DE LA CRIMINALIDAD Y LA ESCASEZ DE RECURSOS EN LA ACTUALIDAD

En el capítulo anterior se vislumbró cómo apareció la posibilidad de disposición de la acción penal en Alemania, cómo se desarrolló la discusión en torno a esta, en torno a su manifestación principal, el principio de oportunidad, y en cuanto al encargado de aplicarla: el ministerio público.

En este capítulo, ya teniendo una mayor claridad sobre cómo se presentó la disposición de la acción penal desde aquella época y cuáles fueron los motivos que la sustentaron, se va a exponer cómo se ha venido consolidando esta situación en la actualidad, y con qué argumentos se acepta hoy en día. En esta parte, la idea es mostrar claramente cómo se está presentando la disposición de la acción penal en los sistemas penales, lo que me llevará a introducir las diversas posibilidades que se le presentan al Estado para el tratamiento de los casos que llegan a su conocimiento. Esto se relaciona con el capítulo primero donde se dejó esbozado el papel preponderante del ministerio público y la introducción, en los ordenamientos hispanoamericanos, de artículos que expresamente hablan de causales del principio de oportunidad para abstenerse de iniciar la correspondiente acción penal, interrumpir o suspender la ya iniciada. Sin embargo, va más allá en la medida en que se pretende mostrar cómo se da la respuesta diferenciada no solo en la etapa de investigación, sino en todo el sistema penal.

El proceso penal, como un todo, se inicia generalmente por el conocimiento de la comisión de un hecho, cuyas características lo hacen susceptible de ser considerado como delictivo. Este

conocimiento se da, o bien porque es reportado a la policía³³⁸, o bien, al ministerio público como oficina encargada de la persecución, ya sea directamente, por denuncias, o por solicitud penal³³⁹. Una vez ocurre esto, es necesario preocuparse de tomar la decisión de si se debe o no llevar el caso ante los tribunales, de si se debe perseguir o no³⁴⁰. Tomar esta importante decisión es la principal tarea del organismo encargado de la investigación en el proceso penal, que se encuentra en la figura del ministerio público³⁴¹ o de un juez investigador³⁴².

Ahora bien, en relación con esos hechos presumiblemente punibles, lo primero que se puede afirmar es que su número ha venido aumentado de manera ininterrumpida³⁴³ con el transcurso del tiempo y la modernización de las sociedades, aunque en algunos países el

³³⁸ Por lo general, junto con la identificación de un sospechoso. Aunque este requisito no es necesario, algunas veces no se encuentra y otras veces se encuentra tarde o temprano. SANDERS, *Criminal Justice*, cap. 4, pp. 165 y ss.; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 366 y ss.; KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, pp. 40 y ss.; GENDREL, M., *Éléments*, p.15.

³³⁹ En Alemania véase §§158, 160 y 163 de la StPO, relativos a las denuncias penales, solicitudes penales, el procedimiento de averiguación y los deberes de la policía. En España véase El Libro II Título I, II y III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁴⁰ SANDERS, *Criminal Justice*, cap. 7, pp. 321 y ss.; ASHWORTH/REDMAYNE, *The criminal process*, pp. 173 y ss.; RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, cap. 3, pp. 55 y ss.; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 537 y ss.; KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, pp. 32 y ss.; CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, pp. 128 y ss.

³⁴¹ Aparte de esta denominación también se le conoce como *fiscalía*, *ministerio fiscal*, *procuraduría*, entre otros.

³⁴² Sin embargo, existen algunas desviaciones del ideal de separar a la autoridad de persecución. En algunos países, la función de persecución no es llevada por una sola autoridad, sino que es dividida entre, por ejemplo, una oficina pública de persecución y, en ciertos casos, un juez de instrucción.

³⁴³ Las razones de su aumento son variadas y van desde el aumento de los bienes jurídico-penales, pasando por la especialización de la criminalidad. Para Europa, véase el informe de SPACE I: *Council of Europe Annual Penal Statistics*, Survey, 2009. Sobre la situación y el análisis de las estadísticas véase en detalle, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics-2014*, 5. Ed., que cubre el periodo comprendido entre el 2007 y el 2011, y que incluye estadísticas sobre policía, persecución y condenas, así como encuestas de victimización.

número de delitos conocidos por el sistema puede que se haya estabilizado o incluso haya ligeramente disminuido en los últimos años. En particular, este crecimiento ha sido mayor en los denominados *crímenes en masa* (delitos contra el patrimonio y contra la seguridad vial). Ante tal situación, surge cíclicamente la pregunta: ¿cómo debe reaccionar la administración de justicia penal?

La respuesta pasa, en principio, por tres caminos³⁴⁴:

1. La persecución de todos los casos que entran al sistema penal.
2. La descriminalización parcial por parte del derecho penal material.
3. La optimización de la respuesta de los operadores jurídicos.

El primer camino sería, de acuerdo con una estricta aplicación del principio de legalidad procesal, la investigación y persecución de todos los hechos que lleguen a conocimiento del ministerio público, con la consecuente elevación de la acusación ante los tribunales, para que, mediante un proceso público desarrollado en una vista oral y pública, se examinen todos los casos.

Este camino es problemático debido a que los medios tanto técnicos como humanos³⁴⁵, con los cuales cuentan las administraciones de justicia, impiden que tanto los ministerios públicos como los mismos tribunales hayan podido asumir el incremento de la carga. Por ende, la única solución a este asunto implicaría el incremento de los recursos de la administración de justicia penal de manera sostenida. Pero un aumento de este tipo, en las circunstancias actuales, no es viable, sobre todo teniendo en cuenta que no es posible ponerle un techo. En efecto, con la complejidad de las sociedades, la criminalidad ha venido aumentando de manera sistemática, por lo que optar por

³⁴⁴ JEHL/WADE, *Coping with Overloaded*, pp. 5 y ss., 316 y ss.

³⁴⁵ En este punto se tiene en cuenta también la problemática relativa a las relaciones y los mecanismos laborales con que cuenta la administración de justicia.

esta vía implicaría correlativamente un aumento de los recursos de la misma manera. Y en esta espiral ascendente ninguna de las economías de los países tendría la posibilidad de sostener este camino, por lo que tarde o temprano tendría que revisarlo y cambiar el rumbo.

Por ende, en la actualidad, esta opción que había venido siendo, al menos legislativa y teóricamente, elegida por las administraciones de justicia de algunos países de nuestro entorno, ha empezado a ser revisada.

El segundo camino pasaría por una descriminalización en el campo del derecho material. En este caso, lo que ocurriría es que la vía procesal penal no se aplicaría a los delitos leves. De esta manera, cualquier delito leve, por ejemplo, los relativos a la seguridad vial, serían definidos, no ya como delitos, sino como faltas administrativas, y tendrían aparejada una reacción adelantada mediante procedimientos administrativos e infracciones. Esta ha sido la solución parcialmente usada por algunos países occidentales, por ejemplo, Alemania³⁴⁶. Y, adicionalmente, las ofensas menores en el ámbito “clásico” serían asimismo descriminalizadas^{347 348}.

Y la última opción sería la optimización de la respuesta usada por todos los operadores jurídicos y la simplificación de las reglas procedimentales. De esta forma, existe actualmente una gran cantidad de procedimientos penales que se tramitan mediante procedimientos

³⁴⁶ Con sus procedimientos mediante la Ley de Contravenciones e Infracciones Administrativas (OWiG, por sus siglas en alemán). Esta Ley es del 19 de febrero de 1987 (BGBl I, p. 602). Véase supra sobre la historia e introducción de procedimientos administrativos, con más referencias, pp. 50 y ss.

³⁴⁷ Como se pone de ejemplo en JEHLE/WAIDE, *Coping with Overloaded*, pp. 5, que un mínimo de cien euros puede no ser considerado como delito de hurto y por encima de este límite será el hurto definido como comportamiento criminalmente sancionado. Debajo de este límite habría una serie de sanciones no criminales disponibles.

³⁴⁸ Sin embargo esta opción, que es la más pregonada en el ámbito teórico, paradójicamente es la menos utilizada por los poderes legislativos que incrementan la intervención penal en las relaciones sociales, con el fin de aplacar el temor de la sociedad por su creciente sentimiento de inseguridad.

cortos y simplificados. En este caso, el ministerio público frecuentemente desempeña un rol y se convierte en el “juez antes del juez” en la etapa de investigación. Esta opción es la que mayormente han escogido, de una forma u otra, los países de Europa occidental e Hispanoamérica.

En general, en mayor o menor medida, los sistemas penales contemporáneos³⁴⁹ han seguido los dos últimos caminos principalmente, para enfrentarse al incremento de la carga de trabajo. Y junto a estas soluciones se amplía la importancia y el papel cada vez mayor del ministerio público dentro de la administración de justicia penal. Ello gracias a que se le ha venido dando cada vez mayor responsabilidad para decidir cómo encargarse, tanto de los hechos con apariencia delictiva, como de los sospechosos de cometerlos³⁵⁰.

Pero no debe perderse de vista que, en todo caso, en las actuales circunstancias, el número de casos de los que se ocupan los encargados de la fase de persecución depende, adicionalmente, de dos factores estrechamente vinculados con las labores policiales. El primero sería el número de delitos que conoce la policía, y el segundo tendría relación con la pregunta de si está obligada la policía a entregar todos los casos al ministerio público o si, por el contrario, tendría la facultad de disponer de algunos casos de manera independiente³⁵¹.

³⁴⁹ Aunque persista en algunos países y en algunos autores la idea de que debe regir el principio de legalidad procesal a ultranza.

³⁵⁰ Véase con amplias referencias: ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft, passim*; también, JEHLE/WADE, *Coping with Overloaded*, pp. 5.

³⁵¹ Esta cuestión ha sido resuelta de manera diversa por los distintos países tanto europeos como hispanoamericanos. Así, mientras la mayoría de países niegan tal posibilidad, existen excepciones como Inglaterra y Países Bajos. En Inglaterra la policía tiene discreción completa con respecto a decisiones del procesamiento. En los Países Bajos la policía tiene el poder de conducir ciertos casos (delitos leves) sin la implicación adicional del sistema de justicia penal. SPRACK, *A practical*, pp. 53 y ss. ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft*, pp. 123 y ss.; TAK, *Tasks and Powers*, pp. 102 y ss.; 359 y ss.

En las páginas siguientes me detendré, en primer lugar, a revisar sumariamente el caso de la descriminalización. Luego me dedicaré a revisar la etapa de investigación, que es donde se ubicaría principalmente la tercera solución para la disposición de casos. En esta etapa, es básico entender la naturaleza del ministerio público, su relación con la policía y los poderes con los que cuenta. Para este trabajo son relevantes aquellos relacionados con su poder de disposición de la acción penal en la persecución penal, entre los que sobresale el principio de oportunidad. Luego se mostrarán los procedimientos alternativos ante los tribunales, que constituyen una solución adicional que se ha venido presentando cada vez más en los procesos penales modernos.

La idea es que, al finalizar esta parte, se pueda entender cómo se presenta en la actualidad la disposición de la acción penal del ministerio público en la etapa de investigación, como se tuvo oportunidad de exponer en el capítulo anterior, como una característica intrínseca a los procesos penales de los sistemas occidentales.

I. CAMINOS PARA DISPONER DE LOS CASOS PENALES

1. LA DESCRIMINALIZACIÓN

Si un sistema se encuentra sobrecargado, una de las posibles soluciones que ayudaría a solventar la situación es la de disminuir los parámetros de responsabilidad penal, es decir, descriminalizar y reaccionar ante ciertos hechos mediante formas alternativas³⁵². Es una reacción disponible que implicaría actuar fuera del sistema penal, mediante la remisión de ciertas conductas de la normativa penal hacia otros ámbitos. Así es como surgen conceptos como *infracciones*

³⁵² Apropiadamente se considera el derecho penal como la *ultima ratio*. Esto implica un examen concienzudo sobre lo que cae en la órbita penal y lo que no.

administrativas, contravenciones, delitos contra el orden o delitos insignificantes, los cuales son, de diversas maneras, descriminalizados.

Esta vía tiene como objetivo disminuir la presión sobre el sistema. Pero la forma de realizarla es un aspecto sujeto a variación, lo que impide precisar con claridad cómo se trazan sus límites. De hecho, en algunos países es difícil determinar con precisión desde el estatus de un delito hasta su tratamiento. En general, las opciones de descriminalización se han presentado principalmente en lo relativo a los delitos contra la seguridad vial, algunos relativos a la evasión de impuestos y algunos casos especiales.

En Alemania, por ejemplo, la creación de las contravenciones al orden administrativo³⁵³ surgió luego de una profunda discusión a inicios del siglo XX, cuyo eje temático era, precisamente, limitar la utilización del derecho penal únicamente a la protección absolutamente necesaria de los bienes jurídicos esenciales, irrenunciables para la existencia de la comunidad jurídica. Por ello, se empezó a dejar de considerar que la simple desobediencia frente al ejecutivo debía ser merecedora de pena³⁵⁴. De esta manera, con la creación del derecho de las contravenciones al orden administrativo (*Ordnungswidrigkeiten*), aparte de la diferencia propia entre la contravención y la infracción penal, se creó la infracción administrativa³⁵⁵. Así las cosas, el legislador alemán convirtió una serie

³⁵³ Establecidas en la Ley de Contravenciones e Infracciones Administrativas (OWiG). Esta Ley es del 19 de febrero de 1987 (BGBl I, p. 602). Sobre ello ya se tuvo oportunidad de ver la historia e introducción de procedimientos administrativos en el capítulo anterior al que remito por mayores referencias.

³⁵⁴ Para el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la proliferación cada vez mayor de tareas del sector público, que incluyen no solo la asistencia social vital, sino también medidas encaminadas al ordenamiento y administración de la sociedad, generan el que cada vez se vaya aumentando el número de mandatos y prohibiciones susceptibles de sanción, lo que trae aparejado un aumento excesivo de penas estatales, que trae como consecuencia el riesgo de que se pierda el sentido de la pena. Véase Sentencia del BVerfGE 27, 18, 30.

³⁵⁵ La pena pecuniaria y la multa administrativa tienen el mismo efecto perjudicial para el implicado. Pero la imposición de una pena pecuniaria implica un juicio de

de delitos en contravenciones, reduciendo, de alguna manera, el derecho penal únicamente a actos que afectan gravemente a la sociedad. La diferencia es según la importancia del bien jurídico para la comunidad. Por ejemplo, cuando la seguridad del tránsito es alterada de forma insignificante, se puede renunciar a la pena, bastando “la amonestación expresa”³⁵⁶.

Pero surge adicionalmente la pregunta acerca de dónde debe ser trazada la línea entre delitos penales y no penales. Sobre todo, porque en general, la forma en que es establecida la frontera es discutible, pues se instaura de una manera pragmática con base únicamente en el número de casos³⁵⁷. Una acción descriminalizada viene, al menos con el tiempo, a ser vista como menos estigmatizada que aquella sujeta a sanciones penales, algo que no puede ser justificado adecuadamente, aunque la descriminalización podría parecer deseable para proporcionar funcionalidad al sistema penal. Incluso donde un delito raramente provoque una reacción de hecho del sistema penal, que puede ser vista como fácticamente descriminalizadora, argumentos de prevención general pueden prevalecer y de hecho prevalecen contra esta descriminalización material³⁵⁸.

desvalor que afecta los derechos civiles del implicado, la imputación de una infracción contra el ordenamiento jurídico, así como la constatación de lo justificado de esa imputación. En cambio, una multa por una contravención al orden es considerada simplemente como amonestación expresa, que no tiene consecuencias de importancia respecto del implicado a pesar de afectar igualmente el patrimonio BverfGE 27, 18, 33.

³⁵⁶ BverfGE 27, 18, 33.

³⁵⁷ Lo que significa que los delitos más frecuentemente cometidos serían descriminalizados con el fin de proporcionar un alivio al sistema penal, lo que conduciría a una muy extraña situación que afectaría los principios del derecho penal. Una conducta culpable equivalente (sin embargo, esto debe ser determinado) puede llegar a generar diversas reacciones estatales. Los límites de la descriminalización son alcanzados porque la ley no permanece alejada de la sociedad: refleja e influye en los valores dentro de esta última.

³⁵⁸ RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 147. Este autor hace una muy interesante propuesta para establecer, mediante una tabla de eficiencia, cuándo optar

Es necesario no perder de vista que los sistemas penales se enmarcan en distintos contextos sociales. Los argumentos para implementar una solución son o pueden llegar a ser diferentes a los planteados en relación con la aplicación pragmática. La creación de un modelo legal, que pueda ser percibido como robusto, no es una tarea fácil. La pregunta de hasta dónde debería ser dibujada la línea material es bastante compleja de responder. Sin embargo, es imposible imaginar hoy un sistema penal sin una categoría de hechos sujetos a un tratamiento fuera del sistema penal.

En todo caso, la tendencia actual de los países de Europa Occidental e Hispanoamérica es la de aumentar el número de hechos cuya órbita de protección se deja en manos de la justicia penal, por lo que la opción de la descriminalización raras veces se adopta hoy en día en dichos países³⁵⁹. Mientras que legal y lógicamente la opción más atractiva es la descriminalización, en la práctica es vista como políticamente poco o nada atractiva y, por ende, en las actuales circunstancias se ve tan solo como una solución que probablemente no será implementada para mitigar el problema universal de sobrecarga.

De esta manera, los países consideran que, a pesar de la sobrecarga, deben encargarse de todas las infracciones para las cuales es necesaria una reacción estatal, y por ello, han optado por una solución más pragmática. Dado que ciertos comportamientos, considerados como indeseables y dignos de reacción estatal, no son lo suficientemente serios para ordenar un tratamiento por parte del sistema de justicia penal, se considera que estos deben ser tratados de una manera

por el derecho administrativo sancionador y cuándo por el derecho penal. Véase pp. 513 y ss, y 526 y ss., la tabla de eficiencia.

³⁵⁹ Esto se observa de diversas maneras: por ejemplo, en Inglaterra y Gales, con el tratamiento de los delitos contra el orden; y en Francia, con el desarrollo de algunos delitos contra la moral pública. Véase TAK, *Tasks and Powers*, pp. 114 y ss., 188 y ss. Véase también un estudio sobre toda esta problemática y sus implicaciones en SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *passim*.

diferenciada. Con ello se reafirma la idea de que el sistema de justicia penal debe ser usado solamente cuando es realmente necesario. Sin embargo, esta manera diferenciada la mayoría de las veces se concreta en la forma de un proceso acelerado o, en todo caso, abreviado, con lo que el Estado efectivamente impone una sanción a los ciudadanos, pero desprovistos de la protección de un proceso completo, con lo cual aumentan las posibilidades de un trato injusto³⁶⁰.

2. LA POSIBILIDAD DE DISPONER CASOS DURANTE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN EN PAÍSES DEL *CIVIL LAW* EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW*

Las soluciones se mueven entre obligatoriedad y disposición de la acción penal, dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. Esto es lo que algunos autores han denominado la *tensión entre el principio de legalidad procesal y el principio de oportunidad*³⁶¹.

2.1 Acercamientos entre los sistemas

En principio, es posible decir que existe una diferenciación entre países de tendencia legalista³⁶² y países de tendencia discrecionalista³⁶³.

³⁶⁰ Por ello en casi todos los Estados se ha establecido una segunda instancia, ante la cual procede el recurso de apelación. Véase MURMANN, *Recht ohne Regeln*, pp. 5 y ss, 45 y ss.

³⁶¹ HÖRNLE, Tatjana, en *ZStW* (2005), pp. 803 y ss., 807 y ss.

³⁶² La concepción legalista se encontraría, en principio, en Hispanoamérica, Alemania, Austria, Italia, Grecia, España, Portugal, Suecia, dentro de los cantones suizos alemanes —sobre la situación de reforma actual en Suiza y los problemas que trae la diversidad de procedimientos en los cantones, véase RIKLIN, en *GA* (2006), pp. 496 y ss., y sobre la introducción de consideraciones de oportunidad pp. 504 y ss.— y en casi todos los Estados de Europa Oriental.

³⁶³ La concepción discrecionalista se admite en Bélgica, Luxemburgo, Irlanda, Dinamarca, Noruega (sobre el proceso noruego véase ANDENAES, en *FS für Jescheck*, pp. 352 y ss.), dentro de los cantones suizos francófonos, en los Países Bajos, en Israel, dentro de las legislaciones árabes y africanas no francoparlantes, así como en Francia (véase RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, Capt. 3, pp. 59 y

De esta manera, la diferencia radicaría en que el órgano de persecución es libre de perseguir o está obligado a hacerlo, lo que se ha denominado como la *coexistencia* en los sistemas penales contemporáneos de los conceptos de *obligatoriedad* y *disposición de la acción penal*⁶⁴. Ahora bien, el problema no solo se resuelve acogiendo uno u otro criterio, sino que es preciso determinar, en relación con el ejercicio de la acción penal, quién debe ejercerla con base en el criterio adoptado⁶⁵. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se asigna su aplicación al ministerio público⁶⁶. Es importante anotar que la opción por una u otra tesis no es meramente formal, sino que corresponde a una concepción de la acción penal, de la sanción y, en general, del propio modelo de Estado, que subyace a los conceptos de *obligatoriedad*

ss.). Aunque claramente el *common law* es el mayor exponente de la disposición de la acción penal donde países como Estados Unidos (por todos, véase LAFAVE/ ISRAEL/ KING, *Criminal procedure*, pp. 3 y ss.), Inglaterra (véase SANDERS, *Criminal Justice*, p. 323 y ss., 383 y ss.) y Australia presentan una práctica común.

⁶⁴ Básico JACKSON/LANGER/TILLERS (Eds.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, 2008, pp. 37 y ss.; ARMENTA DEU, *Criminalidad*, pp. 181 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *La disposición de la acción penal*, pp. 12 y ss.

⁶⁵ De esta forma, los criterios varían. En los sistemas discrecionalistas se concede mayor relevancia a valores como la representatividad en la aplicación de la ley, la legitimidad democrática y la responsabilidad política, por ello, cuando se realiza la acción penal se enmarca como una función propia del ejecutivo. Por lo mismo, como el ministerio público se considera perteneciente al poder ejecutivo, se le hace políticamente representativo y responsable. De esta misma manera y más importante, se le concibe como un instrumento al servicio del ejecutivo, de dirección y actuación política. Por el contrario, en los sistemas legalistas se da primacía a valores como el carácter no indispensable ni instrumental de la legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, lo que muestra una concepción de la acción penal de tipo jurisdiccional. Por ello, el ministerio público es considerado como una institución imparcial que representa y defiende la legalidad dentro del proceso penal y se exige un estatuto para este, que le garantice un margen de autonomía respecto del ejecutivo.

⁶⁶ Véase para el caso de Europa el completo estudio: *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014*, pp. 111 y ss.

y *disposición* de la acción penal en el ejercicio de la acción penal³⁶⁷. Además, a pesar de esta bipartición que surge a primera vista, es claro que, en realidad, los dos sistemas se han ido acercando paulatinamente, con lo cual estas fronteras tan rígidas entre criterios se difuminan. En estas circunstancias se ha venido hablando del principio de oportunidad.

De esta manera, con el paso del tiempo, se ha materializado esa necesidad de acercamiento de los sistemas de derecho. De estos acercamientos es de relevancia para este trabajo el que realizan los países legalistas a la disposición de la acción penal, que es, en última instancia, la aceptación y ampliación del denominado *principio de oportunidad*. Sin embargo, para ello, primero mostraré, a manera de ejemplos, la situación en algunos países con tendencia discrecional.

2.1.1 *Sistemas que acogen el principio de disposición de la acción penal o sistemas oportunistas*

De los países con disposición de la acción penal sobresalen, claramente, aquellos que pertenecen a la familia del *common law*. Caso paradigmático de la disposición de la acción penal es el sistema penal en los Estados Unidos, donde los fiscales del ministerio público hacen parte de la rama ejecutiva y son elegidos popularmente, por lo que sus actos de disposición de la acción penal gozan de las mismas consideraciones de las que goza cualquier acto de gobierno con origen en el ejecutivo. Además, esta disposición de la acción penal es ampliamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁶⁸. En efecto, existe una práctica generalizada del *plea*

³⁶⁷ Y, más ampliamente, a la idea de *concepción del derecho*. Lo que buscan los países del *common law* es la solución al caso particular, en tanto que los países del *civil law* buscan reglas generales aplicables a diferentes casos.

³⁶⁸ Sobre la disposición de la acción penal del ministerio público, véase, entre otras, UNITED STATES v. NIXON, 418 U.S. 683 (1974); WAYTE v. UNITED STATES, 470 U.S. 598 (1985). Y sobre la aceptación del *plea bargaining* por parte del Tribunal Supremo, se destacan durante la década de los años setenta, principalmente: BRADY v. UNITED STATES, 397 U.S. 742 (1970), McMANN v.

bargaining, que no es otra cosa que la negociación de la acción penal, mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado condiciones más favorables, a cambio de una declaración de culpabilidad (*plea guilty*)³⁶⁹.

También se pueden mencionar Inglaterra y Gales, donde la policía mantiene una gran capacidad de disponer de las investigaciones, aunque dicha facultad ha venido disminuyendo con la creación, en 1985, del Crown Prosecution Service (Servicio de Persecución de la Corona), el cual, desde entonces, tiene el control sobre las decisiones procesales³⁷⁰. El Servicio de Persecución de la Corona, dirigido por el director de persecuciones públicas, se encarga de las causas iniciadas por la policía, con excepción de las infracciones menores, que puede

RICHARDSON, 397 U.S. 759 (1970), PARKER v. NORTH CAROLINA, 397 U.S. 790 (1970), NORTH CAROLINA v. ALFORD, 400 U.S. 25 (1970), SANTOBELLO v. NEW YORK, 404 U.S. 257 (1971). Y de gran relevancia a finales del siglo XX BAILEY v. UNITED STATES, 516 U.S. 137 (1995). Véase un análisis sobre esta última jurisprudencia y tendencias de abolición en ALSCHULER/SCHULHOFER, *Am. J. Crim. L.* (1998-1999), pp. 505. Análisis sobre lo que supuso la sentencia BRADY v. UNITED STATES O'BRIEN, *Ind. L. J.*, Vol. 78, (2003), pp. 899 y ss. Y, en general, sobre las jurisprudencias del Tribunal Supremo, véase GUIDORIZZI, *Emory L.J.* (1998), pp. 761 y ss.; ISRAEL/KAMISAR/LAFAVE, *Criminal procedure*, pp. 627 y ss.; HADDAD/MARSH/ZAGEL/MEYER/STARKMAN/BAUER, *Criminal Procedure*, pp. 1126 y ss.; FEELEY, *Jus. Sys. J.*, (1982), pp. 340 y ss.

³⁶⁹ En aquellos estados en los que se eliminó o restringió significativamente el ejercicio del *plea bargaining* (Alaska y California, principalmente), la esperada saturación de los tribunales nunca llegó a suceder. De hecho, esta práctica se mantuvo formalmente prohibida hasta 1970, año en el cual la Corte Suprema se pronunció en favor de su admisión. Véase: GOLDSTEIN, *The passive Judiciary*, p. 19. Desde su creación, han existido innumerables críticas que proponen desde su abolición hasta aquellas que, entendiendo que no desaparecerá, abogan por su adecuación a los valores de la sociedad. Véase, entre otros, BIBAS, *Cornell. L. Rev.*, (2002-2003), pp. 1425 y ss. Sobre el *plea bargaining* véase: FISHER, *Yale L. J.* (1999-2000); MILLER/WRIGHT, *Criminal Procedure*, pp. 325 y ss.; LAFAVE/ ISRAEL/ KING, *Criminal procedure*, pp. 3 y ss.

³⁷⁰ SANDERS, *Criminal Justice*, p. 321. Adicionalmente están las circulares o directrices del Ministerio del Interior sobre el tema.

cambiar o interrumpir cuando son iniciadas por la policía, los particulares o los órganos administrativos con capacidad para promoverlas³⁷¹.

De otro lado, dentro de la familia del *civil law*, podemos resaltar a Francia, como ejemplo de aquellos países con disposición de la acción penal. En efecto, de acuerdo con el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal francés (CPPF), el procurador general recibe las querellas y denuncias y considera el curso que se les darán³⁷². Bajo esta premisa se ha entendido la disposición de la acción penal en el ejercicio de la acción penal³⁷³. Antes de esta prescripción, establecida en el Código de 1959, la situación era confusa. Ello debido a que el legislador revolucionario había establecido específicamente el principio de legalidad de la persecución en 1791. Posteriormente, sin embargo, el Código de 1808 no se pronunció al respecto, por lo que algunos consideraban que el principio de legalidad se había mantenido, mientras que la opinión dominante consideraba que en Francia se tenía disposición de la acción penal en la persecución³⁷⁴.

De esta manera, se puede hablar de tres manifestaciones de lo que algunos consideran el “principio de oportunidad francés”³⁷⁵, que se desarrollan en los artículos 40 y siguientes de su CPPF.

1. Archivo simple o *classement sans suite*³⁷⁶, que es unilateral por parte del procurador, si las circunstancias particulares vinculadas a la comisión de los hechos lo justifican. En estos casos, debe notificarles a

³⁷¹ SANDERS, *Criminal Justice*, p. 360 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 683.

³⁷² Artículo 40 modificado por la Ley N° 2004-204 del 9 de marzo del 2004. “Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l’article 40-1”.

³⁷³ RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, pp. 59; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 708.

³⁷⁴ PRADEL, *Manuel de procédure*, p. 511. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales*, p. 183.

³⁷⁵ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 187 y ss.

³⁷⁶ Establecido en los artículos 40-41 al 40-44 modificados todos por la ley N° 2004-204 del 9 de marzo del 2004. PRADEL, *Procédure Pénale*, pp. 523 y ss.; DESPORTES/LAZERGES-COUSQUE, *Traité*, p. 724; BORRICAND/SIMON, *Droit pénal*, p. 257; GUINCHARD/BUISSON, *Procédure*, pp. 936.

los denunciantes y a las víctimas su decisión, indicando las razones jurídicas o de oportunidad que justifican su decisión. Esta decisión es susceptible de recurso ante el procurador general de la República, quien puede ordenar iniciar las investigaciones dado el caso³⁷⁷.

2. Archivo bajo condición³⁷⁸, lo que implica que se establezcan una serie de medidas de reparación que podrían llegar, según opinión del procurador, a asegurar la reparación de los daños causados a la víctima, y finiquitar el problema que surgió con la infracción³⁷⁹. El procurador ordena estas medidas previamente a su decisión sobre la acción penal, bien sea directamente o por intermedio de un oficial de la policía judicial, de un delegado o de un mediador del procurador de la República. Las medidas pueden ser: recordatorio al autor de la obligación de la ley; la realización de un período de prácticas o de formación en un servicio o un organismo sanitario, social o profesional; solicitarle que repare el daño; o una mediación entre él y la víctima³⁸⁰.

3. La *composición pénale*³⁸¹ a la que puede recurrir el procurador directamente o por intermedio de una persona habilitada, en virtud de

³⁷⁷ RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, pp. 60 y ss.; PRADEL, *Manuel de procédure*, p. 512 y ss.

³⁷⁸ En aplicación del artículo 41-41 del CPPF modificado por la Ley N° 2010-769 del 9 de julio del 2010. BORRICAND/SIMON, *Droit pénal*, p. 257; DESPORTES/LAZERGES-COUSQUE, *Traité*, p. 727.

³⁷⁹ RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, pp. 61; PRADEL, *Manuel de procédure*, p. 514 y ss.; BORRICAND/SIMON, *Droit pénal*, p. 257.

³⁸⁰ Mediante la Ley n.° 2010 del 9 de julio del 2010 se añadió el inciso 6 que establece que, en caso de infracciones cometidas contra cónyuge, compañero permanente o pareja vinculada por un pacto civil de solidaridad, o contra sus hijos o los de cónyuge, compañero o pareja, se debe solicitar al autor que resida fuera del domicilio o residencia de su pareja y, cuando proceda, abstenerse de acercarse a esta o a sus inmediaciones. Igualmente, si fuere necesario, ser objeto de alguna medida sanitaria social o psicológica. Esta disposición se aplica igualmente al antiguo cónyuge, compañero permanente o pareja.

³⁸¹ BORRICAND/SIMON, *Droit pénal*, p. 258. DESPORTES/LAZERGES-COUSQUE, *Traité*, p. 736; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, p. 566.

los artículos 41-42³⁸² y 41-43³⁸³ del CPPF. Esta se considera una forma de transacción que permite al procurador proponer al investigado, que reconozca haber cometido uno o varios delitos punibles, cuya pena principal sea de multa o de privación de la libertad igual o menor de cinco años, o una o más contravenciones conexas, que realice una o más de las acciones establecidas en la disposición, las cuales comportan un carácter sancionatorio. Estas medidas pueden ser, por ejemplo, pagar una multa de composición al tesoro público, realizar en favor de la colectividad un trabajo no remunerado de una duración máxima de sesenta horas (treinta en caso de contravenciones) dentro de un período de tiempo que no puede ser superior a los seis meses. Estas medidas deben ser aprobadas por el presidente del Tribunal, en caso de delitos, y por el juez más próximo o el juez del tribunal de policía. Si fracasa, el procurador iniciará la acción penal³⁸⁴.

El procurador, una vez iniciada la acción, no puede retractarse, aunque sí lo puede hacer cuando su decisión sea de no iniciar la acción, pues no tiene fuerza de cosa juzgada, por lo cual lo puede efectuar por cualquier motivo y hasta antes de que prescriba³⁸⁵.

2.1.2 Cambios en sistemas de tradición legalistas

De parte de ambos sistemas se ha venido produciendo un acercamiento, de tal suerte que se han flexibilizado las rígidas estructuras del principio de legalidad procesal y, a su vez, se han

³⁸² Artículo modificado por la ley N° 2011-525 del 17 de mayo del 2011.

³⁸³ Artículo modificado por la ley N° 2005-47 del 26 de enero del 2005.

³⁸⁴ RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, pp. 61 y ss.; PRADEL, *Manuel de procédure*, p. 518 y ss.

³⁸⁵ Por último, existe la posibilidad de una reparación a partir de la propuesta del alcalde en virtud de la Ley N° 2007-297 del 5 de marzo del 2007, que permite que el alcalde proponga una transacción consistente en la reparación del perjuicio causado por la contravención. Los agentes de la policía municipal son los encargados de constarlo mediante un proceso verbal, y la transacción aceptada deberá ser homologada ante el procurador, véase: RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, pp. 62 y ss.

establecido requisitos adicionales al ejercicio de la disposición de la acción penal, entre otros mecanismos³⁸⁶. Así, en países con una marcada tradición legalista como el caso de Alemania o los países hispanoamericanos, según ya se tuvo la oportunidad de mostrar en los capítulos anteriores, se han venido introduciendo en sus códigos de procedimiento penales artículos relativos a la disposición de la acción penal por parte del ministerio público, titulados en su mayoría como criterios de oportunidad o causales del principio de oportunidad³⁸⁷.

En estos países, junto con los acercamientos ya mencionados del sistema legalista para aplicar criterios de disposición de la acción penal en la persecución, léase principio de oportunidad, existen dentro del proceso límites para su aplicación. El primero se presenta cuando se tiene conocimiento de la *notitia criminis*, momento en el cual el ministerio público realiza una serie de actuaciones preliminares para la verificación de los hechos: principalmente debe apreciar su consistencia, sobre todo cuando la denuncia es anónima o reviste cierta vaguedad, y debe determinar si esos hechos caen bajo los presupuestos establecidos en las leyes penales. Los resultados de estas primeras gestiones permitirán establecer únicamente si un procedimiento puede ser abierto o no. Una vez establecida la viabilidad de la persecución, se empieza a hablar de disposición de la acción penal en el ejercicio de la acción pública. Por ello, este primer límite es básicamente de orden lógico y opera como primer filtro de asuntos que conoce el ministerio público. Se debe proceder al archivo

³⁸⁶ Véase el documento básico JACKSON/LANGER//TILLERS (Eds.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, 2008, passim.; WEIGEND, en *ZStW* (1992), pp. 7600 y ss.

³⁸⁷ StPO Alemania §153 y ss.; CPP Modelo para Iberoamerica, artículo 230; CPP Bolivia, artículo 21; CPP Colombia, artículo 324; CPP Chile, artículo 170; CPP Costa Rica, artículo 22; CPP El Salvador, artículo 18.2; CPP Guatemala, artículo 25.4; CPP Honduras, artículo 28.1; CPP Nicaragua, artículo 55 y 59; CPP Perú R. N° 1470-2005-MP-FN, artículo 2; CPP República Dominicana, artículo 34; CPP Venezuela, artículo 38. Y en España en la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 91.

cuando exista falta de motivo suficiente para elevar la acción penal, en virtud de las garantías procesales establecidas en los ordenamientos jurídicos, siendo la solución más favorable para el investigado³⁸⁸.

De otro lado, en el caso de Italia³⁸⁹ se estableció, con carácter constitucional, que el órgano encargado de la persecución penal pública está obligado a ejercitar la acción siempre que existan bases suficientes para sospechar que una persona ha cometido un delito³⁹⁰. Pero existen casos en que, luego de la acusación, el delincuente, frente a una contravención, puede ante el juez pagar una suma de dinero igual a la tercera parte del máximo de la multa, lo cual genera una “extinción de la infracción”³⁹¹.

2.1.3 Interés general sobre la simplificación de la justicia penal

Hasta aquí se han mostrado solo algunos ejemplos de la situación de cambio que se ha venido gestado en los procedimientos penales modernos, pero sin querer agotar el tema, ya que estos ejemplos solo pretenden ilustrar el movimiento general de los sistemas y sus acercamientos. Lo que es más, junto con esta situación particular de cada país, se ha desarrollado, sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX, una preocupación común de los países en el sentido de buscar mecanismos para mejorar la situación del proceso penal. Prueba de ello, y relevante para este trabajo, es la recomendación N° R (87) 18 del comité de ministros a los Estados miembros del Consejo

³⁸⁸ StPO Alemania §170 y ss.; CPP Colombia, artículo 79; CPP Chile, artículo 167; CPP Costa Rica, artículo 298; CPP El Salvador, artículo 293; CPP Guatemala, artículo 327; CPP República Dominicana, artículo 281; CPP Venezuela, artículo 297.

³⁸⁹ MARAFIOTI, “Italian Criminal Procedure”, pp. 82 y ss.; TAK, *Tasks and Powers*, pp. 305 y ss. HÖRNLE, Tatjana, en *ZStW* (2005), p. 812 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, pp. 720, 726. TONINI, *Lineamenti*, pp. 11, 285; MERCONE, *Diritto*, pp. 141 y ss.

³⁹⁰ Por el artículo 112 de la Constitución italiana de 1948. Véase: TAK, *Tasks and Powers*, pp. 306 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, pp. 203 y ss., 119 y ss.; ARMENTA DEU, *Sistemas procesales*, p. 171 y ss.

³⁹¹ Código Penal italiano, artículo 162.

de Europa³⁹², adoptada el 17 de septiembre de 1987, sobre la simplificación de la justicia penal.

Según dicha recomendación, es posible generar herramientas para remediar la lentitud en los procedimientos judiciales, principalmente mediante:

- La racionalización de los medios asignados.
- La utilización del principio de oportunidad.
- El aprovechamiento de procedimientos sumarios, transacciones extrajudiciales y de procedimientos simplificados para las infracciones consideradas leves.
- La simplificación del proceso ordinario

Específicamente en relación con el principio de oportunidad, se señala que³⁹³:

1. El principio de oportunidad debería ser adoptado o extenderse su aplicación en los casos en los cuales lo permitan el contexto histórico y las constituciones de los Estados miembros; de no ser posible, se deberían prever otras medidas que respondan a la misma finalidad.
2. La facultad de renunciar o de poner término al procedimiento penal ya iniciado debería ser establecida legalmente.
3. La decisión de renunciar solamente debería adoptarse cuando la autoridad que lo aplica disponga de indicios suficientes de culpabilidad.
4. El principio debería ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público.
5. Se debe inspirar en el principio de igualdad de todos ante la ley y el de individualización de la justicia penal, teniendo en cuenta la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; personalidad del denunciado y la condena que

³⁹² Recomendación (87) 18.

³⁹³ Recomendación (87) 18, p. 2.

podiera imponérsele; los efectos de esta condena sobre el denunciado; y la situación de la víctima.

6. El archivo podrá ser puro y simple o sometido a determinadas condiciones.
7. El consentimiento con conocimiento de causa y libre del denunciado es necesario en todos los casos en que se prevea un archivo bajo condición.
8. La suspensión será temporal o definitiva.
9. En los archivos bajo condición, la suspensión será definitiva desde que conste el cumplimiento de las obligaciones impuestas: La decisión de archivo solo será equiparada a una decisión jurisdiccional cuando el presunto delincuente haya reconocido su culpabilidad.
10. En la medida de lo posible, deberá notificarse al denunciante la decisión de archivo.
11. La víctima deberá tener la opción de obtener la reparación ante un tribunal civil o penal.
12. La notificación al sospechoso no sería necesaria si la decisión tiene la forma de un archivo simple.

Y en relación con los países que se rigen por el principio de legalidad procesal y aún no han introducido causales de oportunidad, la introducción de medidas que desarrollen los mismos objetivos que este, como por ejemplo³⁹⁴:

- i. Aumentando el número de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujete a una condición.
- ii. Introduciendo en la ley la facultad para que los jueces suspendan, con determinadas condiciones, la instrucción, o sobresean la causa de manera similar a como se realiza en aquellos países donde existe la oportunidad.

³⁹⁴ Recomendación (87) 18, p. 3.

En suma, se observa cómo los dos modelos sistemáticos han venido acercándose paulatinamente buscando lograr cierta síntesis. Esta situación, además, ha sido auspiciada por el Comité Europeo. Y no puede ser de otra manera, dado que ambos principios, legalidad y disposición de la acción penal, y lo que implican en los modelos procesales, están basados en concepciones ideales que no se pueden sostener en estado puro al ser confrontados con la realidad de cada país. Ni la legalidad pura ni la disposición de la acción penal pura.

2.2 *La etapa de investigación*

La opción para disponer de casos que se presentan en la etapa de investigación es una facultad que se ha conferido al ministerio público por ser el que gobierna la etapa investigativa³⁹⁵. En esta parte del trabajo se tiene en cuenta principalmente la experiencia de Alemania³⁹⁶ y Francia, por ser cada una parte de un sistema distinto, y primordialmente porque sus sistemas ya están asentados por largo de tiempo en contraposición con Italia, Portugal, España y los países hispanoamericanos que han experimentado reformas realizadas en los últimos treinta años. Adicionalmente, en algunas partes se añade la situación de Inglaterra y Gales y los Países Bajos.

2.2.1 *Relación entre el ministerio público y la policía*

En la mayoría de los países de Europa Occidental e Hispanoamérica, en términos de organización, la policía tiene una

³⁹⁵ RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, cap. 3, p. 5; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 537 y ss.; KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, pp. 32 y ss.; DEBOVE/FALLETI, *Précis de droit*, p. 284; CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, pp. 114 y ss.; SOYER, *Droit pénal*, pp. 261 y ss.; RASSAT, *Procédure*, pp. 224 y ss.; ARMENTA DEU, *Sistemas procesales*, pp. 172, 179, 196, 205, 213. Y en los países americanos como se tuvo oportunidad de ver en el capítulo I.

³⁹⁶ KELKER, en *ZStW* (2006), pp. 393 y ss., 404 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 93-113; TORREN, *La justicia*, p. 85.

estructura completamente independiente³⁹⁷. En algunas jurisdicciones, el ministerio público responde ante el Ministerio de Justicia, mientras que la policía está, por lo general, dirigida por el Ministerio del Interior³⁹⁸. La policía es considerada como servidora del ministerio público, pero solamente en relación con la persecución de los delitos³⁹⁹. Los servicios policiales tienen una competencia investigadora más específica, y el ministerio público depende de la policía para que se encargue de las acciones investigativas en aquellos países en los cuales se carece de una policía judicial, que son gran parte de los países occidentales⁴⁰⁰. Lo que es más, en la mayoría de los

³⁹⁷ Aunque existen países, como por ejemplo, Colombia y España, en la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los cuales hay una policía judicial adscrita y dependiente del ministerio público. Sobre la policía judicial en Francia, véase: BORRICAND/SIMON, *Droit pénal*, p. 318.

³⁹⁸ Excepto en Francia, en esta función como policía judicial; Inglaterra y Gales tienen estructuras un poco distintas. TAK, *Tasks and Powers*, pp. 103 y ss, 181 y ss.

³⁹⁹ Como ya se expuso sobre los países iberoamericanos en el primer capítulo; en España en la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal se integra la policía judicial al ministerio público aunque en todo caso recibirá el apoyo de las otras fuerzas y cuerpos policiales y de seguridad, según se establece en el Título III. En Francia, con base en los artículos 41 y ss. del CPP, el fiscal puede prolongar la investigación, según considere. En Alemania, según los §§160 el ministerio público, una vez tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, debe averiguar sus circunstancias con ayuda de la policía, por lo que empieza la dependencia desde el inicio de la investigación. Así las cosas, no es difícil imaginar esta superioridad legal del ministerio público siendo obstaculizada en la realidad. Véase TAK, *Tasks and Powers*, pp. 179 y ss., 207 y ss. PERRON/LÓPEZ, “El ministerio Fiscal”, pp. 69-71.

⁴⁰⁰ ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 9 El ministerio público, en la práctica, ha dejado de ser el “dueño de la fase de investigación penal”, debido a que las investigaciones son ampliamente ejecutadas por la policía bajo su propia responsabilidad. Y en aquellos países que cuentan con policía judicial adscrita al ministerio público, en todo caso, depende en gran medida de la policía, que es la que tiene el conocimiento directo de los hechos, por lo que estas consideraciones suceden en gran medida.

sistemas, el ministerio público no tiene poderes directos para influir sobre la policía⁴⁰¹.

La gran importancia del ministerio público es consecuencia de su papel en esta etapa, pues define cómo debe realizarse la investigación, e incluso cómo debe ser recolectado el material probatorio que posteriormente será usado ante los tribunales. Asimismo, asegura que las reglas necesarias sean respetadas, no se violenten derechos fundamentales, y que ese material probatorio sea recogido de manera que genere el máximo provecho para su uso ante los tribunales⁴⁰². Sin embargo, en general, el ministerio público se involucra exclusivamente en los delitos más graves y en algunos pocos delitos menos graves, dependiendo de las características propias del caso. En relación con los delitos leves, la regla general de la práctica es que la policía conduzca las investigaciones independientemente, guiada solamente

⁴⁰¹ Aunque es cierto que en Francia existen medidas disciplinarias tendientes a regular casos graves de desobediencia. En Francia el “tratamiento en tiempo real” muestra a los fiscales en constante comunicación telefónica con los oficiales investigadores, lo que podría verse como una aceptación de tal influencia, pero en realidad no sucede ni se plasma en los informes de esta manera. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 538 y ss.; DEBOVE/FALLETTI, *Précis de droit*, p. 286; CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, p. 116; SOYER, *Droit pénal*, pp. 262 y ss.; RASSAT, *Procédure*, pp. 225 y ss. En los Países Bajos, el ministerio público puede regular la afluencia de los casos enviados por la policía publicando pautas e instrucciones referentes a investigaciones. Obviamente, es imposible detectar e investigar todos los crímenes. En las pautas y en las instrucciones se establecen las prioridades de investigación. Por lo demás, en España, tanto actualmente como en la propuesta; Italia; Alemania; e Inglaterra no existe esa posibilidad. Véase TAK, *Tasks and Powers*, pp. 102 y ss., 208 y ss., 308 y ss., 408 y ss. Para Alemania, véase: KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 59. BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 67.

⁴⁰² Sin embargo, en las actuales condiciones de sobrecarga de los sistemas penales, no es sorprendente que la policía trabaje cada vez con mayor independencia del ministerio público en esta etapa. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 366 y ss., 413 y ss., 537; KÜHNE, *Strafprozesslehre*, pp. 35 y ss.; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 59; DEBOVE/FALLETTI, *Précis de droit*, pp. 284; CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, pp. 114 y ss., 202; SOYER, *Droit pénal*, pp. 302 y ss.; RASSAT, *Procédure*, pp. 195 y ss., 237 y ss. Y sobre la legislación en los países americanos, téngase en cuenta lo expuesto en el capítulo I.

por pautas y reglas generales que el ministerio público pudo haber establecido con antelación⁴⁰³. Como ya se mencionó, el ministerio público carece, en gran parte de los países de Europa Occidental e Hispanoamérica, de unidad investigativa propia, por lo que es la policía la que realiza el trabajo de campo⁴⁰⁴. Una tendencia es la independencia policial en la etapa investigativa en lo referente a los delitos leves y con alguna extensión a los casos moderadamente graves⁴⁰⁵.

2.2.2 Tareas del ministerio público durante la etapa de investigación

El ministerio público, por regla general, se encarga en la práctica de los casos más graves. De esta forma, el papel del ministerio público en

⁴⁰³ Por ejemplo, en Alemania, donde el ministerio público es el soberano total de la etapa investigadora, vemos en la práctica que solamente se involucra en la investigación de los delitos graves. Los delitos considerados menos graves son encargados a la policía, a menos que se requieran medidas coercitivas, lo cual requiere aprobación del ministerio público o del tribunal, dependiendo de la afectación a los derechos fundamentales. Algo similar ya se mencionó arriba en relación con los Países Bajos. Véase: TAK, *Tasks and Powers*, pp. 359 y ss.; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, pp. 53, 56.

⁴⁰⁴ Los fundamentos para ello son múltiples y aquí solamente pueden ser enumerados algunos, como la supremacía de personal, criminalística, técnica y tecnológica de la policía; la circunstancia de que la mayor parte de las denuncias sean conocidas por la policía y, además, que la policía opera más cerca de los fenómenos criminales; las investigaciones preliminares de campo cada vez más serias de la policía, las cuales buscan servir en un sentido preventivo frente a la lucha contra el delito, y a la vez rendir frutos en la investigación de conductas punibles; igualmente, el hecho de que la policía esté sujeta formalmente al principio de legalidad procesal, pone en evidencia, desde el punto de vista fáctico, la forma como emplea sus recursos, es decir, dónde establece investigaciones intensivas y dónde no; a ello se añade el “dominio de datos” por parte de la policía en el contexto de los cada vez más amplios métodos de investigación apoyados electrónicamente, y también la internacionalización del trabajo de la policía a través de sistemas como Interpol y Europol, que le proporcionan una información ventajosa. Al respecto, de manera detallada, véase: LILIE, en *ZStW*, (1994), pp. 625 y ss.

⁴⁰⁵ BEULKE, *Strafprozessrecht*, pp. 67-69. HUBER, “Por fin socialmente aceptable”, p. 115; JUNG/KOPF/STÜCKENBERG, en *GA* 2011, pp. 531 y ss.

la etapa de investigación se reduce a una amplia participación solamente en los casos graves, cierta participación en algunos moderadamente graves en algunas jurisdicciones, y en la generación de guías generales, en mayor o menor grado, para el resto de investigaciones. Lo anterior, a menos que durante la investigación se presente una situación que sea de mayor relevancia legal, caso en el cual, el ministerio público ejercerá el respectivo examen. Sin embargo, el grado en que el ministerio público juega este papel varía considerablemente de acuerdo con los países⁴⁰⁶.

2.3 El final de la etapa de investigación

El final de esta etapa es un momento decisivo para el papel del ministerio público, pues aquí es donde determinará cómo tratar los casos, una vez que la policía le entregue todos los tipos de casos. Sin embargo, existen excepciones a esta entrega absoluta. En Inglaterra y Gales, así como en Francia, en lo que a casos menores se refiere, la policía puede, por iniciativa propia, desestimar el caso (es decir, no entregarlo al ministerio público) si considera que la evidencia es insuficiente⁴⁰⁷. Y de esta forma es claro que, con este poder definido, la policía gana una influencia clave sobre el trabajo que finalmente realiza el ministerio público⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Para la situación en algunos países europeos, ya que es en estos donde se ha podido diagnosticar la situación, véase: STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, p. 537; KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, pp. 35 y ss.; el mismo, *Strafprozessrecht*, pp. 94-96, 102. BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 54; DEBOVE/ FALLETI, *Précis de droit*, pp. 286; CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, pp.115; SOYER, *Droit pénal*, pp. 262 y ss.; RASSAT, M. *Procédure*, pp. 232 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, pp. 677, 683, 699, 705, 720, 726.

⁴⁰⁷ Esto incluye casos en los cuales el delincuente es desconocido. TAK, *Tasks and Powers*, pp. 99 y ss., 179 y ss.

⁴⁰⁸ Igualmente, tan solo en relación con algunos países europeos, por las mismas razones, véase: STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp.366 y ss., 381 y ss., 413 y ss.; KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, pp. 42-45, TORREN, "La justicia", p. 87;

En algunas jurisdicciones este poder va incluso más allá, debido a que la policía está autorizada a hacer lo mismo que el ministerio público, donde entienda que el interés público en la persecución sea escaso. En Inglaterra y Gales y en los Países Bajos esto se aplica a todos los delitos⁴⁰⁹, y en Francia⁴¹⁰ únicamente a los delitos menores. Adicionalmente tanto en Inglaterra y Gales, como en los Países Bajos y Francia, estos poderes están acompañados por la facultad de imponer una sanción penal fija⁴¹¹.

En general, puede decirse que se tiende a seguir con las estipulaciones legales, pues en todos los países la policía se encuentra sujeta al principio de legalidad procesal, lo que significa que está formalmente obligada a entregar toda la evidencia que posea de los casos al ministerio público. Pero a la policía le está permitido que

CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, pp. 202 y ss., 215 y ss.; SOYER, *Droit pénal*, pp. 302 y ss.; RASSAT, *Procédure*, pp. 195 y ss., 517 y ss.

⁴⁰⁹ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 359 y ss.; ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft*, pp. 123 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, pp. 684, 777.

⁴¹⁰ En el país galo, en estos casos nos encontramos ante una verdadera jurisdicción policial donde, para las contravenciones de clase 1-4, se da la opción de optar por este procedimiento no criminal. Estas contravenciones están reguladas en el CCPF, Libro VI, Título II.

Las de primera clase son: *Diffamation et injure non publiques* (Arts. R621-1 y 621-2)

Las de segunda clase son: *A atteintes involontaires à l'intégrité de la personne n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail* (Arts.R. 622-1); *divagation d'animaux dangereux* (Arts. R. 622-2).

Las de tercera clase son: *Menaces de violence* (Arts. R. 623-1); *bruits ou tapages injurieux ou nocturnes* (Arts. R. 623-2); *l'excitation d'animaux dangereux* (Arts. R. 623-3); *la violation des dispositions réglementant le commerce de certains matériels susceptibles d'être utilisés pour porter atteinte à l'intimité de la vie privée* (Arts. R. 623-4).

Las de cuarta clase son: *Violences légères* (Arts. R. 624-1); *diffusion de meyes contraires à la décence* (Arts. R. 624-2); *diffamation et de l'injure non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire* (Arts. R. 624-3); *manquement à l'obligation d'assiduité scolaire* (Arts. R. 624-4).

⁴¹¹ Ante estas facultades, la policía alemana es comparativamente débil en términos legales, véase: KÜHNE, *Strafprozesslehre*, pp. 36, 40 y ss.; ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft*, pp. 143 y ss.; TAK, *Tasks and Powers*, pp. 207 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 706.

defina la viabilidad del material probatorio recolectado por sí misma, lo que significa que, en la práctica, a pesar de que la ley requiere que todos los casos estén sujetos al examen del ministerio público, esto no ocurre, por lo menos para los casos menores. En Inglaterra y Gales⁴¹² y en Alemania, bajo muy limitadas circunstancias⁴¹³, la policía dispone de casos e impone sanciones. Esto no ocurre en ninguno de los países iberoamericanos. En Francia⁴¹⁴, la policía desestima casos sin que exista previsión legal para hacerlo. Esto último cobra gran relevancia, especialmente porque esta práctica ocurre en un amplio número de casos, y porque es un ejemplo de cómo determina la presión de la sobrecarga el desarrollo real del sistema penal, haciendo que la situación sea más o menos aceptada en la práctica, sin que paralelamente se modifique la ley en este sentido. Pero esta práctica puede ser vista al menos como censurable allí donde la división ley/práctica da bases para temer una acción incontrolada⁴¹⁵.

De todos modos, una vez un caso es llevado ante el ministerio público, este verdaderamente entra en un nuevo dominio, en el cual el ministerio, como instancia central, toma las decisiones, demostrando su fuerte estatus en esta fase intermedia entre la policía y los tribunales⁴¹⁶.

⁴¹² VOGLER, en *ZStW* (2004), p. 129 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 684.

⁴¹³ Sujetos a las directrices donde la ley no prevé esto, pero sucede en la práctica para una muy restringida categoría de casos únicamente. KÜHNE, *Strafprozesslehre*, pp. 34 y ss.; el mismo, *Strafprozessrecht*, p. 106.

⁴¹⁴ En este país el tratamiento en tiempo real debería asegurar un efectivo control por parte del ministerio público. GUINCHARD/BUISSON, *Procédure*, pp. 290 y ss., 299; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, p. 376; DESPORTES/LAZERGES-COUSQUE, *Traité*, p. 553 y ss., 573; TAK, *Tasks and Powers*, pp. 179 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 726.

⁴¹⁵ Sin embargo, la idea que subyace en la disposición de la acción penal policial es que se pueda encargar de los casos más eficientemente.

⁴¹⁶ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Procédure*, pp. 537 y ss.; KÜHNE, *Strafprozesslehre*, pp. 106 y ss.; DEBOVE/FALLETI, *Précis de droit*, pp. 287; GENDREL, *Éléments*, pp. 83; CONTE/DU CHAMBON, *Procédure*, pp. 128 y ss.; SOYER, *Droit pénal*, pp. 261 y ss.; RASSAT, *Procédure*, pp. 224 y ss., 237 y ss.

2.4 Poderes de persecución y el uso de la discreción

En relación con el ministerio público, lo primero que se ha podido destacar es cómo se ha estado volviendo cada vez más poderoso legal y fácticamente⁴¹⁷. Ello está soportado en la premisa de que el sistema de justicia penal es una cadena, de modo que si en uno de sus niveles está sobrecargado, el nivel anterior ejercerá, lógicamente, la disposición de la acción penal sobre lo que ocurre. En efecto, como lo expone con gran lucidez Jehle, el sistema es hidráulico. Cuanta más presión se ejerza desde arriba, mayores grietas se forzarán en la totalidad. La plausibilidad de esta idea es confirmada al observar, en el nivel policial, que ciertos poderes, previamente pertenecientes al ministerio público, están ahora en cabeza de la policía en muchas jurisdicciones⁴¹⁸. Si cierta responsabilidad pasa a un nivel inferior en el sistema penal, solo podrá ser restringida a los casos leves. Ello porque esta responsabilidad solo se delega para asegurar a los niveles superiores y, de esta manera, para que el sistema, como un todo, pueda funcionar.

Entre los caminos potenciales de los sistemas sobrecargados para encontrar un alivio, la principal opción políticamente utilizable es la expansión de las facultades del ministerio público, principalmente, para terminar los casos por sí mismo⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Estas constituyen parte de las observaciones hechas dentro del European Sourcebook Framework, el cual señala un cambio en las decisiones de terminar casos desde los tribunales en el nivel del fiscal.

⁴¹⁸ Véase: JEHLE/WADE, *Coping with Overloaded*, *passim*. Adicionalmente se puede observar como en *The European Sourcebook* se encontraron indicadores de una tendencia hacia la terminación de casos mediante la disposición de la acción penal del ministerio público, pp. 137 y ss. Véase también: *Justiz auf einen Blick-Ausgabe 2011*, publicación del gobierno alemán, pp. 10 y ss.

⁴¹⁹ KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, pp. 135 y ss.

2.4.1 Poder del ministerio público para terminar casos

En principio, el ministerio público tiene la facultad de decidir no presentar un caso ante los tribunales, cuando quiera que observe evidencia insuficiente o no existan bases para creer que un tribunal pueda encontrar a una persona culpable del delito. Esto se encuentra completamente en línea con el principio de legalidad procesal, por lo que en estos casos el ministerio público actúa como un verdadero filtro⁴²⁰.

Pero el ministerio público lleva a cabo su labor más allá de la evaluación del material probatorio. Es también el que descarta un caso en el cual el delincuente no ha sido encontrado, lo que asegura que la persecución no supere el tiempo en que debe ser realizada y, por ende, suceda el fenómeno de la prescripción; y en la mayoría de los países es el ministerio público el responsable de asegurar que el principio *ne bis in idem* sea observado; además, donde el consentimiento de la víctima sea requisito para proceder⁴²¹, es el ministerio público el que detendrá el caso, si esto no se ha realizado. En general, en todas las jurisdicciones, el ministerio público tiene el papel básico de asegurar los parámetros para que una decisión del tribunal pueda tomarse. Si juzga que el material probatorio no es lo suficientemente fuerte, o si existe algún otro impedimento técnico o legal para que el tribunal haga un juicio de condena, es función del ministerio público asegurar que el tiempo del tribunal no se malgaste en ese tipo de casos.

Al avanzar un poco, se observa una facultad del ministerio público que cada vez resulta más relevante. Es la relativa a desestimar aquellos casos que podrían ser considerados como de poco interés público o

⁴²⁰ The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics-2014, pp. 114 y ss., 136 y ss.

⁴²¹ Para todos los países, menos Inglaterra y Gales, véase: TAK, *Tasks and Powers*, pp. 105 y ss.

susceptibles de ser reconducidos al nivel policial en algunos países⁴²². Y el hecho de realizar tales consideraciones va más allá del principio de legalidad procesal y del núcleo de la función persecutoria. Inmediatamente podemos ver cómo al ministerio público le han sido dadas facultades discrecionales para terminar casos en temas más allá de las dificultades técnicas mencionadas.

Se confirma el considerable poder que se ha venido otorgando al ministerio público en el hecho de que en una amplia variedad de casos, cuando el ministerio público ha decidido que un caso debe dejar de investigarse, esta consideración es tomada como la última palabra⁴²³. Sin embargo, existen posibilidades paralelas para adelantar procesos. Así, por ejemplo, en Inglaterra y Gales⁴²⁴ —generalmente—, y en Francia⁴²⁵ y Alemania⁴²⁶ —en relación con ciertos delitos— las partes privadas mantienen el derecho de llevar el caso ellas mismas cuando consideren que el ministerio público ha cometido un error al no hacerlo. Algo similar ocurre en los países hispanoamericanos donde se deja la posibilidad a la víctima de continuar con el proceso⁴²⁷. Esto, al menos, deja entrever que el sistema legal no está dejando su confianza solamente en el ministerio público para asegurar que todos los casos que deberían ser, o sean de hecho, llevados ante los tribunales, sigan su curso.

Adicionalmente, donde el ministerio público tiene facultades discrecionales para desestimar o disponer de casos, esta facultad está regulada detalladamente por las directrices, las cuales son expedidas por el ejecutivo, usualmente, a través del Ministerio de Justicia. En

⁴²² Para Francia, véase: PRADEL, *Procédure Pénale*, p. 515. En Inglaterra y Gales, de hecho, el Servicio de Persecución de la Corona está obligado a renunciar un caso en estas situaciones. Véase TAK, *Tasks and Powers*, pp. 104 y ss.

⁴²³ The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics-2014, pp. 137 y ss.

⁴²⁴ JEHLE/WADE, *Coping with Overloaded*, pp. 173 y ss.

⁴²⁵ JEHLE/WADE, *Coping with Overloaded*, pp. 194 y ss.

⁴²⁶ JEHLE/WADE, *Coping with Overloaded*, pp. 228 y ss.

⁴²⁷ Como tuvo oportunidad de verse en el capítulo I.

Inglaterra y Gales⁴²⁸ estas son expedidas por las directivas operativas del servicio, mientras que en Francia⁴²⁹ y Alemania⁴³⁰ son expedidas tanto en el nivel regional como en el local, aunque en Alemania la regulación principal ocurre a través de las directrices ministeriales en el nivel estatal⁴³¹.

En otras palabras, al ministerio público la ley le confiere considerables facultades, pero cómo se utilizan siempre se define más de cerca por las directrices para asegurar una aplicación uniforme en línea con los intereses públicos definidos y las consideraciones de índole política, y en aras de una aplicación lo más igualitaria posible del derecho.

2.4.2 Facultades discrecionales en la persecución penal

Básicamente existen dos tipos de facultades discrecionales conferidas a los servicios de persecución en los países de Europa occidental e Hispanoamérica: 1) el archivo simple, que permite al ministerio público detener una persecución por diversas razones, sin que sigan más acciones, y 2) el archivo con condiciones, lo que significa que el ministerio público suspende una persecución, imponiendo adjuntamente una o varias condiciones para que el caso sea archivado.

A. El archivo simple

La renuncia con base en la ausencia de intereses públicos está disponible en casi todos los países⁴³². La presunción es que el sospechoso es responsable, pero que su culpabilidad se entiende como mínima y el hecho, considerado globalmente, no reviste mayor

⁴²⁸ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 118 y ss.

⁴²⁹ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 185 y ss.

⁴³⁰ TAK, *Tasks and Powers*, p. 210; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 59 y ss.

⁴³¹ TAK, *Tasks and Powers*, p. 211.

⁴³² TAK, *Tasks and Powers*, pp. 108 y ss., 215 y ss., 367 y ss., 417 y ss.

gravedad y, por ende, la sociedad no estaría particularmente interesada en su efectiva persecución. Por ello, el uso de tales renunciaciones está restringido casi exclusivamente a casos de naturaleza menor, en los cuales el ministerio público, además de lo anterior, presumiblemente considera que esta decisión será aceptada por todos los afectados⁴³³.

En este tipo de renuncia también se tiene en cuenta el grado de efectividad del sistema, que es un criterio relevante para el desarrollo de estas facultades. Dentro de esa misma lógica, donde quiera que un ministerio público reconozca que el cargo que está siendo entablado o el castigo que probablemente resulte sean irrelevantes o insignificantes, por ejemplo, en comparación con otros cargos que sean entablados o sanciones pedidas, propendería por archivar los cargos, o pedir que los tribunales lo hagan⁴³⁴. A este respecto, todos los ministerios públicos están encargados de asegurar que el tiempo del tribunal, respecto de cualquier procedimiento o sospechoso, sea usado eficientemente.

Una renuncia de este tipo está presente actualmente en Alemania⁴³⁵ para todos los delitos menos graves, y tiende a ser usada para robos insignificantes, posesión de *cannabis* y delitos menores contra la propiedad. Este es el mismo modelo que podemos observar en relación con el uso de las amonestaciones en Inglaterra y Gales⁴³⁶, así como en Francia⁴³⁷. Esta decisión se toma sin que sea considerado necesario un examen exhaustivo en estos últimos países. En Alemania, en cambio, esta decisión se encuentra sujeta a ulterior aprobación por

⁴³³ Naturalmente, se puede discutir sobre la relevancia práctica de tales problemas, y también acerca de si una renuncia que es caracterizada por motivos de evidencia, es menos perjudicial que una por motivos de interés público. No obstante, una presunción de culpabilidad está sujeta a una persona, basada en un estudio legal del ministerio público, y esto queda consignado.

⁴³⁴ O incluso que lleve los casos juntos en el mismo procedimiento.

⁴³⁵ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 215 y ss.; KELKER, B., en *ZStW* (2006), p. 399.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 198; PERRON, LÓPEZ, "El ministerio Fiscal", p. 74-76.

⁴³⁶ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 114 y ss.; VOGLER, en *ZStW* (2004), pp. 130 y ss.

⁴³⁷ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 187 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 708; ARMENTA DEU, *Sistemas procesales*, p. 183; PRADEL, *Procédure Pénale*, pp. 513 y ss.

parte de los tribunales en la mayoría de los casos, menos en aquellos considerados como de mínima gravedad.⁴³⁸ En los países hispanoamericanos esta renuncia, como ya se pudo ver, en todos los casos requiere de la aprobación del tribunal.

Por ser materia de este trabajo, sobre esta posibilidad se volverá con una mayor profundidad en el siguiente capítulo.

B. *Archivo condicional*

El ministerio público, del mismo modo que en el caso del archivo simple, hace un archivo condicional cuando quiera que suspenda un procedimiento, pero señale ciertas condiciones para proceder a esta terminación. Esta es una facultad disponible en la mayoría de las jurisdicciones⁴³⁹.

En cuanto a las formas de archivo condicional, en teoría, al menos, la suspensión del procedimiento es condicional solo para el sospechoso que acepta ciertas condiciones y cumple con estas; es decir, si no las cumple el caso será llevado ante los tribunales. En algunos casos se necesita que las víctimas estén de acuerdo o que exista algún pronunciamiento en favor por parte del tribunal. Cuando la condición se está cumpliendo, se extingue el derecho del Estado a perseguir por el delito en cuestión.

⁴³⁸ Un examen de estas categorías existe, aunque en la práctica es raro que las decisiones del ministerio público sean rechazadas por los tribunales.

⁴³⁹ DUTTGE, en *ZStW* (2003), pp. 557 y ss.; VOGLER, en *ZStW* (2004), pp. 132 y ss., 136 y ss. En Inglaterra y Gales esto es más notorio, y de hecho esta es una facultad formalmente sostenida por la policía (cauciones, amonestaciones, etcétera). Fácticamente, esto se realiza cada vez más junto con el ministerio público, pues ambas agencias trabajan más estrechamente con mayor frecuencia. Como el ministerio público ahora tiene responsabilidad reglamentaria sobre las acusaciones (desde otoño del 2005), su influencia en esta decisión ha crecido considerablemente (un procurador puede ahora informar al oficial de policía a cargo cuando quiera que considere una acusación como inadecuada, recomendando al mismo tiempo que se utilice una caución).

Hay una presunción de culpabilidad, la persona cumple con la condición, y junto con esta, hay algún tipo de reparación que buscaría resarcir el daño causado a la sociedad, o al menos eliminar cualquier interés público en una persecución completa. No hay admisión formal de culpabilidad y no hay antecedentes. Con ello la persona evita el desarrollo de un proceso penal y sus consecuencias, el Estado ahorra el tiempo del tribunal y recursos aprovechables, y una consecuencia legal se impone, aunque no sea por un juez. Como la condición es voluntariamente realizada, este tipo de sanción no es vista como una condena. Aunque es importante aclarar que este tipo de solución está solamente disponible legal y fácticamente para ciertos delitos y ciertos tipos de delincuentes.

Ahora bien, en relación con los tipos de condiciones que son impuestas, lo primero que se debe destacar es que son de variada índole, pues el ministerio público tiene una gama de opciones para decidir dependiendo de la persona inmersa en la situación⁴⁴⁰. En general, tanto en los países del *civil law* como los países del *common law*, el papel del ministerio público comúnmente es similar y, como tal, así son las reflexiones procesales del fiscal cuando tiene que decidir cómo enfrentarse a las distintas situaciones. Sin embargo, en países del *civil law* como Francia⁴⁴¹ y Alemania⁴⁴², al ministerio público se le da la atribución para tomar tales decisiones independientemente, al menos en los casos menores. En cambio, en países del *common law* se requiere que, una vez que el ministerio público tome la decisión sobre como tal reacción debería seguirse, se acuda a los tribunales para solicitar la forma y la medida que se debe adoptar.

⁴⁴⁰ Aunque la más frecuente condición impuesta es un pago al Estado o a una institución de caridad, este requisito de hacer un pago es visto como algo totalmente diferente a una multa impuesta como sanción, al menos legalmente.

⁴⁴¹ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 188 y ss.; ARMENTA DEU, *Sistemas procesales*, p. 179; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, pp. 699, 705.

⁴⁴² TAK, *Tasks and Powers*, pp. 215 y ss.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 198; KELKER, B., en *ZStW* (2006), pp. 402 y ss.

Hay por supuesto gran variedad en los grados de independencia dados al ministerio público en ejercicio de tal decisión de archivo. Algunas veces se le permite tomar una decisión de este tipo independientemente. En otros casos un examen final o consentimiento formal por los tribunales podría ser requerido. Ahora bien, el que esta clase de control por los tribunales sea de hecho ejercida eficazmente dependerá de la práctica diaria. Particularmente donde los tribunales están sobrecargados, se puede fácilmente imaginar a los jueces tomando decisiones bajo la presión del tiempo y de esta manera dependiendo fuertemente de las sugerencias hechas por el fiscal del caso.

Esto nos muestra algo sobre el estatus que ha venido adquiriendo el ministerio público en los países del *civil law*. Este es visto cada vez con mayor frecuencia como la institución adecuada para decidir adecuadamente la forma y medida de estas condiciones y tratamientos a las personas involucradas en situaciones penales⁴⁴³.

3. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS ANTE LOS TRIBUNALES

Junto con las posibilidades durante la etapa de investigación, que ya se ha tenido la oportunidad de exponer, existen procedimientos alternativos que permiten agilizar las diligencias. Estos se desarrollan ante los tribunales, pero el papel del ministerio público sigue siendo de gran relevancia. Estos son los procedimientos por mandato penal y los procedimientos acelerados.

3.1 *Procedimientos por mandato penal*

La más importante forma procesal de este tipo es la que se ha denominado usualmente como por *mandato penal*⁴⁴⁴. Esta se encuentra,

⁴⁴³ KELKER, en *ZStW* (2006), pp. 410 y ss., 420 y ss.

⁴⁴⁴ El proceso por mandato penal es un procedimiento cuya base radica en que si no hay oposición del afectado se procede a un mandato penal que se ejecuta de

por ejemplo, en Francia⁴⁴⁵ (*Ordonnance Penale*) y Alemania⁴⁴⁶ (*Strafbefehl*), y se caracteriza porque da lugar a una sanción que es establecida por el ministerio público, quien la solicita al tribunal. A la persona sometida a este tipo de procedimiento, cuando es hallada responsable, se le impone un castigo y, como resultado de ello, tiene antecedentes penales.

En particular, en las formas de procedimiento francesa y alemana, aunque es formalmente una decisión de tribunal, se ve efectivamente el poder del ministerio público al hacer cumplir la sanción, autorizada por un tribunal, en la gran mayoría de los casos. En estos procedimientos, el ministerio público (o en el caso de las contravenciones francesas de clase 1-4⁴⁴⁷, la policía) presenta medios probatorios de tipo escrito de forma estandarizada, solicitando que el tribunal imponga una sanción específica. El tribunal puede, o bien aceptar esta solicitud, o rechazarla, en cuyo caso se presentarían motivos para un proceso normal y completo.

Este procedimiento evita que la persona imputada responda públicamente en una vista oral ante un tribunal penal, aunque en caso de ser culpable termina con una sentencia condenatoria del tribunal, que será inscrita en el registro central federal. Pero se le evita al inculcado una vista principal pública. La intención principal del legislador era ofrecer una forma procesal simplificada que favoreciera solo a la economía procesal, con el fin de tratar casos de criminalidad pequeña en masa cuyo tratamiento procesal suele ser largo y costoso.

inmediato. Es decir, que al no haber audiencia, el fiscal presenta la solicitud de mandato penal, en la cual debe pedir una pena concreta, el juez promulga el mandato penal y la notifica por escrito al inculcado. Es, por tanto, un proceso sumario, en el cual solo se pueden imponer penas pecuniarias y accesorias. Si el inculcado impugna el mandato penal se provoca la realización de un juicio normal. Véase: ROXIN, *Strafverfahrensrechts*, pp. 372 y ss.

⁴⁴⁵ DEBOVE/FALLETI, *Précis de droit*, pp. 440; TAK, *Tasks and Powers*, p. 183.

⁴⁴⁶ TAK, *Tasks and Powers*, pp. 217 y ss.; PERRON, LÓPEZ, *El ministerio fiscal*, p. 73; DESPORTES/LAZERGES-COUSQUE, *Traité*, p. 763.

⁴⁴⁷ Sobre este tipo de contravenciones, véase el principio de este capítulo.

Por su parte, el sospechoso conserva el derecho a protestar contra tales decisiones; para ello cuenta con un tiempo limitado (entre ocho días y un mes), y si su reclamo es aceptado, se seguirá un juicio completo⁴⁴⁸. En general, tales procedimientos solo pueden ser usados para ciertos delitos y con el fin de imponer multas⁴⁴⁹. El procedimiento por mandato penal es usualmente usado para delitos contra la seguridad vial. Su uso no se excluye en relación con reincidentes, aunque es más común contra los delincuentes de primera vez.

Como se ve, este procedimiento evita que la persona imputada responda públicamente en una vista oral ante un tribunal penal, con las cargas considerables que esto trae consigo aunque, en caso de ser culpable, termina con una sentencia condenatoria del tribunal⁴⁵⁰.

3.2 Procesos acelerados

Al lado del procedimiento por “mandato penal”, existe otro tipo de procedimientos cortos. Básicamente, se presentan en los casos en que el acusado se ha declarado culpable o cuando ha sido capturado en flagrancia, con lo cual el caso es claro, aún si no confiesa, y en aquellos en los cuales las únicas penas susceptibles de imponerse son penas de multa. En todo caso, en estos asuntos, el examen que debe realizar el tribunal es considerable, lo que puede explicar la razón por la cual tales procedimientos no son tan frecuentes como se esperaría⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ KK-Müller, StPO, §407 nm. 2; TAK, *Tasks and Powers*, pp. 217 y ss.

⁴⁴⁹ Además tienen solo determinados efectos jurídicos: ninguna pena privativa de libertad, sino solo pena pecuniaria o apercibimiento con reserva de pena; la pena accesoria de prohibición de conducir, así como las denominadas *consecuencias jurídicas objetivas* y una única medida de corrección y seguridad, la retirada del permiso de conducir, siempre que no sea superior a dos años.

⁴⁵⁰ En Alemania será inscrita en el registro central federal.

⁴⁵¹ Un ejemplo interesante es el procedimiento a granel que se practica en Inglaterra y Gales. En estos países el ministerio público o la agencia procuradora relevante (la autoridad de licencia de televisión, por ejemplo) presenta una lista de nombres de personas que deben ser condenadas por ciertos delitos (por ejemplo, tener televisión sin haber pagado el importe de la licencia), a quienes el tribunal declarará culpables.

3.3 *La justicia negociada*

Tradicionalmente, un rasgo característico de los sistemas del *common law* es que un juicio, luego de una declaración de culpabilidad (*guilty plea*), se convertía en un proceso simplificado, en el cual no se requería más evidencia de la comisión del delito para ser llevado ante un tribunal. De esta forma, los cargos permanecían sin contestar y no había preguntas sobre la culpabilidad del investigado. Este tipo de procedimiento es usado frecuentemente en Estados Unidos, Inglaterra y Gales⁴⁵², donde el procesado acepta y es llevado a juicio basándose únicamente en el material probatorio escrito preparado por el ministerio público. Pero esta forma de proceder provee las bases de inspiración de una forma procesal relativamente nueva en los países del *civil law* que dota al ministerio público de nuevas facultades, acordes con su nuevo papel persecutorial. Estos procedimientos representan una versión desarrollada de la discreción persecutorial, considerada como una nueva función de persecución. La denominada *justicia negociada*, sustentada en el acuerdo negociado del caso, es un proceso relativamente nuevo y, como tal, está siendo discutido políticamente e implementado en Europa Occidental⁴⁵³ e Hispanoamérica y, en general, en los países pertenecientes a la familia

De esta manera, miles de infractores son procesados durante una sesión de tarde y encontrados culpables con base en la petición del Servicio de Persecución de la Corona (o su equivalente). No es fácil imaginar una forma procesal en la cual la decisión del tribunal esté tan fuertemente predeterminada. TAK, *Tasks and Powers*, pp. 114 y ss.

⁴⁵² SANDERS, *Criminal Justice*, p. 324 y ss., 327; ASHWORTH/REDMAYNE, *The criminal process*, pp. 264 y ss.; HÖRNLE, Tatjana, en *ZStW* (2005), pp. 803 y ss.; 830 y ss.; SPRACK, *A practical*, p. 282. Sobre el futuro del *plea bargaining*, véase: MILLER, *Criminal procedures*, p. 424.

⁴⁵³ HENNING, *FS Für Ingeborg Puppe*, p. 1601.; en Alemania, pp 1614 y ss.; HUBER, *Por fin socialmente aceptable*, pp. 120 y ss.; en Francia, PRADEL, *Procédure Pénale*, pp. 209 y ss. Sobre los acuerdos en el sistema procesal italiano ORLANDI, en *ZStW* (2004), p. 122. Véase una postura crítica en MEYER-GÖBNER, en *ZStW* (2007), p. 941.

del *civil law*, por lo que se podría hablar de una nueva tendencia procedimental.

Estos procedimientos son particulares porque consolidan los elementos consensuales discutibles ya presentes en disposiciones condicionales para aquellos casos en los cuales el ministerio público propone una solución, y pueden ser usados solamente con el consentimiento del imputado. En estos casos, el ministerio público entrará a la fase del juicio con una sugerencia sobre los cargos que se imputan y el castigo que debe imponerse, luego de que esto haya sido materia de negociación entre el ministerio público y la defensa. El tribunal revisará los parámetros básicos y aprobará el acuerdo negociado. Usualmente la apelación no es posible. Estos procedimientos son previstos con la intención de que se ocupen de los casos más graves y los medianamente graves, y ofrecen un significativo potencial de incrementar la eficiencia del sistema penal. Por lo demás, son una solución pragmática y una declaración abierta del hecho de que el papel del ministerio público, y de los mismos tribunales, se ha modificado fundamentalmente en este campo.

Los beneficios que resultan son, entre otros, juicios rápidos y más eficientes, que se ocupan hasta de los casos más graves, en los cuales se beneficia el sospechoso con una condena más benigna y el Estado ahorra recursos en tiempo y en dinero. El castigo sobreviene, pero más eficientemente. Las cuestiones negativas que deben ser consideradas son principalmente el que esta tendencia fomenta drásticamente la gama de los delitos para los cuales el papel de los tribunales y el escrutinio público será cada vez más marginal, si no excluido casi enteramente. Además, entre mejores sean los recursos financieros y legales del investigado, mejor será su posición para influenciar en el resultado de tales procedimientos, lo que no es un problema nuevo, pero sí uno que influye notablemente en la resolución que se daría en tales procedimientos.

En síntesis, de cualquier manera, la introducción de este procedimiento es otra propuesta dentro del abanico de respuestas para

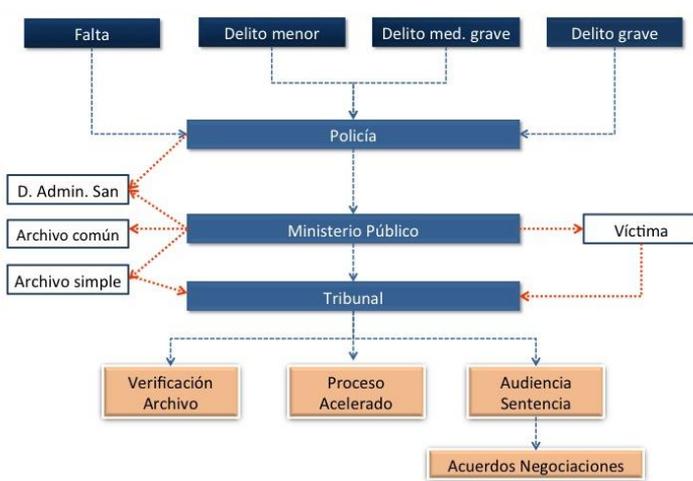
hacer frente a los problemas de la justicia penal. Lo relevante es que todos estos procedimientos testimonian la fe puesta en el ministerio público, confirmando la tendencia occidental para que este se convierta en la institución dominante para tomar las decisiones sobre la forma procesal que se debe utilizar.

II. RECAPITULACIÓN

Se ha tenido oportunidad de ver, a grandes rasgos, cómo es la situación de la disposición de la acción penal en los sistemas penales de Europa Occidental e Hispanoamérica. Lo decisivo es la mezcla de consideraciones de disposición de la acción penal y de libertad de movimiento en el proceso penal, algo que se hacía necesario para avanzar junto con la criminalidad cada vez más especializada, con consideraciones en torno a la necesidad de establecer ciertas regulaciones para blindar los derechos de los ciudadanos ante esa primera libertad de movimiento. Así las cosas, estamos presenciando el acercamiento lento pero firme e inminente de los sistemas del *civil law* y del *common law*, cuyo fin, en última instancia, es modernizar sus estructuras para hacer frente de una manera más eficaz al fenómeno criminal. Ante este movimiento, debemos estar atentos para evitar que por el afán de agilizar los procesos se infrinjan principios y libertades irrenunciables en nuestros Estados sociales y democráticos de derecho.

Con base en lo anterior, podríamos decir que en los países estudiados el modelo de sistema penal de manera muy esquemática sería de la siguiente manera (figura 1):

Figura 1. El sistema penal



Fuente: elaboración propia.

1. AUMENTO DE COMPETENCIAS PENALES EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La jurisdicción penal, es decir, el ámbito donde se desarrollan los postulados del derecho penal material, ha sufrido grandes modificaciones, básicamente de tipo expansivo. Esta es una materia que varía enormemente a lo largo del pensamiento occidental, así como lo es la cuestión sobre la capacidad de determinados sistemas para proceder a descriminalizar ciertos delitos con el fin de reducir el incremento del número de casos que los inunda.

La descriminalización es una gran herramienta para aliviar al sistema penal, pero no se ha vislumbrado aún cuál debe ser el método más apropiado para proceder a realizarla. Por el contrario, la tendencia común es hacia una ampliación de la criminalización. Es necesario advertir que no existe ningún sistema penal que se ocupe de todos los diferentes comportamientos para los cuales está prevista la reacción estatal. No hay consenso en los sistemas occidentales sobre dónde debe trazarse la línea jurisdiccional y, lo que es más, no se puede

observar cómo la tendencia formal hacia la criminalización podría llegar a ser vista en el contexto de la situación fáctica de las instituciones, que son incapaces de encargarse de un alto número de casos mediante un procedimiento penal completo y que, por lo tanto, utilizan las facultades discrecionales de que disponen para encontrar soluciones alternativas.

Con base en los hechos, podría argumentarse lógicamente que las políticas despenalizadoras estarían intensificándose. Sin embargo, las posibilidades de disposición están siendo incrementadas para evitar una tendencia despenalizadora. Lo anterior por cuanto la despenalización es vista como inaceptable.

2. LA DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL A NIVEL POLICIAL

La facultad que tiene la policía para finalizar casos es también una cuestión que varía de una jurisdicción a otra, pero existe una clara tendencia hacia el aumento del poder y la influencia práctica policial sobre las decisiones del ministerio público, así como también de cómo los casos deben ser terminados antes del juicio mediante criterios discrecionales. Esto parece ser un consenso creciente entre la policía y el ministerio público sobre cuántos y qué clase de recursos deberían ser dedicados a qué tipos de casos y cómo deben terminar. Son, en última instancia, criterios de política criminal.

Esto se aplica, en particular, donde se considera apropiado que un caso permanezca únicamente en manos de la policía y así prescindir de los recursos del sistema penal. La policía tiene facultades independientes para descartar procesos en determinados asuntos, y esta facultad existe, más fáctica que formalmente, en la mayoría de los países occidentales. Donde la policía tiene facultades independientes para terminar casos o los está ganando paulatinamente, esta se restringe a los casos menores. Aún no es claro dónde debe trazarse la línea que separe la persecución del ministerio público y la competencia

del servicio de policía y, de hecho, esta línea se está haciendo cada vez más borrosa en cuanto el ámbito de lo punible se incrementa.

3. LA DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA INVESTIGATIVA

Las opciones del ministerio público para finalizar los casos es uno de los campos más fuertemente desarrollados a través de las jurisdicciones. Casi todos los ministerios públicos occidentales tienen facultades independientes para terminar casos por razones de evidencia insuficiente, es decir, tienen evidentes facultades discrecionales independientes. Hasta dónde se extienden legalmente varía significativamente. Incluso donde es necesario que los tribunales aprueben tales casos (como es frecuente en Alemania e Hispanoamérica), está claro que el ministerio público tiene una influencia decisiva sobre cómo deben terminar los casos en la etapa anterior al juicio. En Inglaterra y Gales, sin embargo, estas son facultades policiales, que se usan ahora, previa consulta, al ministerio público. También se usan condiciones dispositivas para tratar con una amplia gama de delitos insignificantes y menores; un pago al Estado o a una institución de caridad es la condición más comúnmente impuesta, pero existe una variedad de condiciones, y su uso no se limita a las personas que han delinquido por primera vez, pero sí es más frecuente para ellas.

4. PODER ADJUDICADOR DEL MINISTERIO PÚBLICO MEDIANTE ACUERDOS

Un verdadero papel adjudicador está emergiendo en las jurisdicciones occidentales, donde el ministerio público puede entrar a negociar un acuerdo (condena) con el investigado. Esto último se confirma brevemente en la vista de un tribunal pero, por lo general, el poder de negociar y, con este, la influencia mayor, aún para los casos más graves, permanece intacta en cabeza del ministerio público. La introducción de tales facultades se está haciendo paulatinamente y es

materia de discusiones políticas en los países de Europa occidental e Hispanoamérica⁴⁵⁴.

5. SOBRE LAS ALTERNATIVAS AL PROCESO TRADICIONAL

El poder del ministerio público sobre cómo se determinarán las condenas, al menos en los casos medianamente graves, es amplio. Igualmente, para elegir formas procesales alternativas en las cuales este, al menos si no formalmente, efectivamente predetermina las decisiones del tribunal en la inmensa mayoría de los casos. Estas formas procesales involucran, en particular, evidentes simplificaciones, las cuales llevan a dar un gran peso a la evidencia presentada por el ministerio público. Más allá de esto, los tribunales usualmente tienen la opción de aceptar totalmente las propuestas del ministerio público o rechazarlas enteramente con el fin de ir a juicio. Estas facultades y rutas alternativas están disponibles para delitos menos graves y son usadas principalmente para delitos contra la seguridad vial y delitos menores, así como también para reincidentes, donde casi exclusivamente se impone una multa.

⁴⁵⁴ Por ejemplo, en Inglaterra, qué opciones discrecionales pertenecerán al ministerio público y cuáles, de manera independiente, a la policía es un tema de enconados debates.

SEGUNDA PARTE

CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ADECUADO A
LAS CIRCUNSTANCIAS

CAPÍTULO 4

ELABORACION DE UN CONCEPTO DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el capítulo anterior se vislumbraron las distintas propuestas que se presentan para hacer frente a la situación actual de los sistemas penales.

En este capítulo se tratará específicamente sobre una de estas: el archivo simple, que se presenta en la etapa de investigación y que se ha denominado, según se pudo exponer en los capítulos I y II, como *principio de oportunidad*.

Sobre el principio de oportunidad se suele hablar de manera indistinta para abarcar todas aquellas respuestas diferenciadas del sistema, lo que pone de relieve los vacíos que giran alrededor de este término. En efecto, al referirse al principio de oportunidad, muchas veces las personas le adjudican una serie de características que incluso son contradictorias. Y llega a suceder que en la discusión entre los que están a favor y los que están en contra de su adopción, su posición se basa en comprensiones distintas del fenómeno.

Lo primero que es posible afirmar es que el archivo por razones de oportunidad es, en principio, un no acusar a pesar de poder acusar, lo que presupone la existencia de una sospecha suficiente basada en una investigación completa y más o menos exhaustiva de los hechos. Esto permite aclarar el hecho de que el principio de oportunidad no puede influir en el comienzo del procedimiento. En este rige rigurosamente el principio de legalidad: el fiscal debe reaccionar frente a una sospecha inicial y solo cuando se dan los presupuestos de una acusación puede preguntarse por las razones para prescindir de esta.

Esa posibilidad se fundamenta en el hecho de que en las actuales circunstancias, es aconsejable una disminución de la intensidad formal

que el principio de legalidad procesal significa, con lo cual se morigerara la obligación dada ministerio público de perseguir cualquier infracción del derecho penal. Esto se sustenta, además de lo dicho a lo largo de este trabajo, en razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto⁴⁵⁵.

Por ello, en nuestros sistemas del *civil law* sería teóricamente adecuada aquella legislación que, conservando la legalidad como principio, estipule la formulación de motivos generales específicos, en cuyo caso, el procesamiento penal podría ser archivado. Ello teniendo en cuenta que el principio de legalidad debe ser visto y entendido más como ideal que como una consecuente regla de determinación⁴⁵⁶. En estas circunstancias, en el marco del principio de oportunidad existe no una oposición entre legalidad y utilidad, sino entre determinación legal y vaguedad.

Y claro está, en el entendido de que al referirse al principio de legalidad no se hace alusión a una obligación de acusación sino a la obligación de persecución⁴⁵⁷, donde el principio de oportunidad debe interpretarse como aquel que, con base en una ponderación entre el interés del procesamiento penal y otros intereses, prevé una prohibición de arbitrariedad. En suma, el principio de oportunidad, como lo señala Bacigalupo, debe entenderse como un tratamiento penal diversificado del conflicto social representado⁴⁵⁸.

En el presente capítulo se estudiará lo que considero debe entenderse como principio de oportunidad, lo que implica analizar los conceptos que lo conforman, en un primer momento, seguido de las características para su adecuada aplicación. Adicionalmente se pasarán por el tamiz del concepto propuesto los principales supuestos de aplicación del principio de oportunidad, según la clasificación realizada

⁴⁵⁵ PERDOMO TORRES, en *CPC* 94 (2008), p. 143.

⁴⁵⁶ GOLDSTEIN/MARCUS, en *87 Yale L.J.* (1978), pp. 1569 y ss.

⁴⁵⁷ Así GERLAND, *Der deutsche Strafprozess*, p. 158; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, pp. 95, 307 ss.; HEYDEN, *Begriff*, p. 6.

⁴⁵⁸ BACIGALUPO, en *PJ* 1988, No. II p. 14.

por Roxin y Schünemann, que son los autores que recogen la mayoría de las legislaciones hispanoamericanas, con el fin de consolidar cuáles son acordes con la propuesta y cuáles deben ser reconducidas como manifestaciones diferenciadas de los distintos operadores jurídicos disímiles del principio de oportunidad.

I. DEFINICIÓN DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Según mi criterio, el principio de oportunidad es la atribución que tienen los órganos encargados de la persecución penal, como titulares de la acción penal pública, cuando la culpabilidad del investigado sea considerada mínima y no exista interés público en la persecución, de no iniciar la acción penal o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar. Por lo anterior, se deben presentar elementos probatorios de la existencia del delito y de la vinculación del investigado con su comisión. Lo anterior fundado en razones de política criminal.

De esta forma, los distintos criterios de persecución, la diferenciación de delitos según su gravedad, la prelación en la investigación y la igualdad para realizar la selección racionalmente constituirían, a grandes rasgos, los fundamentos del principio de oportunidad⁴⁵⁹.

II. ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En esta primera parte se expondrán los elementos que conforman un concepto adecuado del principio de oportunidad que responda a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho.

⁴⁵⁹ Entre otros, véase: OLG Saarbrücken VRS 46, 205, 206; ERB, *Legalität*, pp. 69 y ss.; MÜLLER, en *GA* (1988), pp. 317 y ss.

Considero que los diversos supuestos de aplicación del principio de oportunidad establecidos en las distintas legislaciones se pueden o bien condensar en el supuesto matriz, que pasaría a ser el único, o bien no son manifestaciones del principio de oportunidad y, por ende, deben dejar de ser considerados como tales.

Este supuesto de aplicación del principio de oportunidad contiene dos conceptos jurídicos indeterminados que han contribuido a la discusión en torno a la existencia mayor o menor de discrecionalidad en la decisión del ministerio público. Ello ha supuesto algunas críticas⁴⁶⁰, teniendo en cuenta que la composición del supuesto mismo en su estructura gramatical introduce la posibilidad (*kann* en alemán) de archivar el caso según la opinión del ministerio público⁴⁶¹, siempre que se esté ante la existencia de esos conceptos jurídicos indeterminados que son, a saber: la *culpabilidad mínima* y la *falta de interés público*.

Sin embargo, algún sector de la doctrina considera que es dudoso que el órgano responsable sea libre de archivar, ya que precisamente con la incorporación de los conceptos jurídicos indeterminados, están cubiertos ya todos los aspectos considerables de la decisión, por lo que no se podría dar una libertad de apreciación sobre la consecuencia jurídica por tomar⁴⁶². Adicionalmente, si el objetivo penal de la prevención especial negativa⁴⁶³ se suprime al existir las excepciones concretas que se estipulan, estas son el hecho de que la culpabilidad del autor sea mínima y falte un interés público en la persecución penal,

⁴⁶⁰ Surge aquí naturalmente la cuestión de si en el derecho penal valen los mismos principios para la opinión que, por ejemplo, en el derecho administrativo. Eso se debe aceptar, por lo menos, para los §§153 y ss. StPO. Compárese con DÖHRING, *Legalitätsprinzip*, pp. 136 y ss. En el derecho penal son en general severas las exigencias para la determinación de una norma referente a la calidad de la intervención, lo que demuestra que se presenta un favorecimiento en los §§153 ss StPO.

⁴⁶¹ Véase en general sobre la discrecionalidad: MAURER, *Verwaltungsrecht*, p. 125.

⁴⁶² Véase: LR-BEULKE StPO, §153 nm. 38; PASCHMANN, *Verfahrenseinstellung*, p. 177.

⁴⁶³ Véase: WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*. nm. 12a.

igualmente no sería correcto realizar el procedimiento penal a pesar de la presencia de condiciones de persecución. Según ello, se tendría que archivar el procedimiento, en presencia de las condiciones fácticas establecidas del caso concreto⁴⁶⁴.

Y si lo anterior se presenta en el caso materia de examen en ese primer nivel fáctico, aunque desempeñe un papel también en el marco de la decisión jurídica correspondiente, no queda ningún espacio para una decisión discrecional. Particularmente entran en consideración los objetivos preventivos no solo durante la opinión discrecional, sino ya en la apreciación de la presencia del interés público en la persecución. Existe, por lo tanto, solo una alternativa de actuación correcta, por lo que está excluida una decisión discrecional⁴⁶⁵.

En las siguientes páginas se analizarán estos dos conceptos con el fin de concretarlos lo mejor posible.

⁴⁶⁴ Véase: BVerfGE 90, 145 (190); LR-BEULKE, StPO § 153 nm. 38; AK-SCHÖCH, StPO § 153 nm. 37; HK-KREHL, StPO § 153 n.º 12; DÖHRING, *Legalitätsprinzip*, p. 136 y ss. Otra vista en NELLES/VELTEN, *NStZ* (1994), pp. 366, 368.

⁴⁶⁵ Véase: MAURER, *Verwaltungsrecht*, pp. 142 y ss.; DÖHRING, *Legalitätsprinzip*, p. 137. En todo caso, en Alemania, alguna jurisprudencia y el mismo legislador consideran los supuestos del §153 StPO como discretionales. Por ello, se ha venido hablando en favor de una interpretación sistemática de la ley, orientada directamente en el texto. Con ello, lo que se busca es poner de presente que la opinión discrecional no se puede ejercer a voluntad. Al contrario, se tendría que ejercer de conformidad con las obligaciones del operador jurídico, es decir, correctamente. Al respecto, véase: BGHSt 27, 274 (275) y BVerfG, *JZ* (1998), 565 (567).

1. LA CULPABILIDAD

1.1 El concepto de “culpabilidad” en el derecho penal

Muy sucintamente, es posible afirmar que la *culpabilidad* es la condición constitucional de la penalidad. El que realiza una acción típicamente antijurídica de manera responsable, obtiene una pena⁴⁶⁶.

Con ello se perfilan tres conceptos⁴⁶⁷ claramente distinguibles unos de otros:

- i. La idea de *culpabilidad*.
- ii. La culpabilidad para la fundamentación de la pena.
- iii. La culpabilidad para la medición de la pena.

1.1.1 La idea de “culpabilidad”

La idea de *culpabilidad* encuentra su expresión en el principio de culpabilidad que postula el derecho: *nulla poena sine culpa*. Aquí se trata del fenómeno de la culpabilidad, como base y frontera de toda la pena estatal, por la justificación del castigo, así como por la legitimidad básica del derecho penal de la culpabilidad. En este nivel, se pregunta por la idea de la *culpabilidad* y no por un elemento de la dogmática del derecho penal positivo. Y la cuestión radica sobre el hecho individual y la concepción de la culpabilidad; la cuestión sobre el carácter de la culpabilidad de tipo individual, que justifica atribución; así como la pregunta sobre la libertad de voluntad de la persona⁴⁶⁸.

Únicamente con los medios de la dogmática penal no es posible encontrar una respuesta para ello, antes bien, se debe incluir junto con

⁴⁶⁶ BVerfGE 9, 169; 20, 331; 23, 132; 25, 285; 41, 125; 45, 259; 50, 133; BayVerfGH, NJW 83, p. 1600.

⁴⁶⁷ ACHENHACH, *Historische und dogmatische*, pp. 3 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/EISELE, *Strafgesetzbuch*, 203.

⁴⁶⁸ ACHENHACH, *Historische und dogmatische*, p. 4.

esta, la jurisprudencia, la filosofía del derecho⁴⁶⁹, la antropología y la sociología⁴⁷⁰, porque la idea de *culpabilidad* se cuestiona según las bases materiales individuales al encontrar castigo, según la imagen de la persona imputada, así como según la posición de esta persona en el mundo o en la sociedad⁴⁷¹.

De forma muy simplificada, esto es lo que se debe considerar como culpabilidad.

1.1.2 *La culpabilidad para la fundamentación de la pena*

En la culpabilidad para la fundamentación de la pena es esencial que la declaración de la pena contra una persona sea justificada en el fallo emitido por un tribunal luego del desarrollo de un proceso penal con todas las garantías propias del debido proceso. Esta culpabilidad está inmersa en el sistema de la dogmática del derecho penal⁴⁷² y se trata de esta cuando se habla de culpabilidad como característica del delito en la definición usual de este como hecho típicamente antijurídico y culpable⁴⁷³.

Se plantean diversas cuestiones aquí pertenecientes a la dogmática jurídico-penal, como por ejemplo: si el hecho se realizó con intención o con negligencia, qué tipo de culpabilidad se presenta, en qué sitio sistemático emerge la imputabilidad, dónde y en qué forma, o si es una parte independiente del concepto de *culpabilidad*, el conocimiento de la prohibición, por mencionar solo algunas cuestiones.

⁴⁶⁹ Véase también para el método de filosofía del derecho: KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*; WELZEL, en *ZStW* 60, pp. 428 y ss.

⁴⁷⁰ Véase para el método sociológico: BAUER, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, *passim*.

⁴⁷¹ ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, pp. 4 y ss.

⁴⁷² ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, pp. 4 y ss.

⁴⁷³ LENCKNER, en *Schönke-Schröder StGB*, § 13 nm 111. Roxin, en su obra *Derecho penal*, parte general, prefiere, para evitar equívocos, hablar de *responsabilidad*. Véase AT §7 nm 64 y ss.

Estas preguntas se formulan siempre sobre un derecho positivo determinado. La culpabilidad se refiere aquí a un sector específico, que se ha reunido bajo un ángulo visual jurídico específico⁴⁷⁴. El contenido abstracto de la culpabilidad para la fundamentación de la pena acontece por una investigación exacta del derecho positivo y de las situaciones de regulación establecidas en un ordenamiento jurídico determinado.

La cuestión sobre qué es la culpabilidad ha conducido a una multiplicidad de teorías que han intentado definirla⁴⁷⁵. En la jurisprudencia alemana, por ejemplo, se ha impuesto el concepto de *culpabilidad* normativo, que ha sido desarrollado por Frank⁴⁷⁶. Para este autor, la culpabilidad esta conformada por:

- i. La normalidad mental del sujeto.
- ii. Una relación psíquica del sujeto con el hecho o la posibilidad de esa relación.
- iii. La normalidad de las circunstancias en las que actúa.

Por el juicio de disvalor de la culpabilidad se le reprocha al autor que se haya decidido por el injusto, aunque él legítimamente se habría moderado o al menos habría podido decidir: “La culpabilidad es reprochabilidad”⁴⁷⁷. En ello tiene un papel relevante la autodeterminación responsable y libre de la persona, que puede

⁴⁷⁴ ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, pp. 4 y ss.

⁴⁷⁵ Así, por ejemplo, sobre la concepción de la culpabilidad psicológica (MEZGER, *Strafrecht Lehrbuch*, § 33; WESSELS, *Strafrecht AT*, p. 107), la teoría de la exigibilidad (FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922), el concepto normativo de culpabilidad (GOLDSCHMIDT, *FG für Reinhard von Frank*, Bd. I., pp. 428 y ss.; HENKEL, *FS für Mezger*, pp. 249-309; ROXIN, *FS für Henkel*, pp. 171 y ss., 273), la teoría de Gallas (GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 56), la teoría de Schmidhäuser (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 10/2. p. 283), la teoría de Maurach (MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, pp. 357 y ss., 371), la teoría de Roxin (ROXIN, *FS für Henkel*, p. 171 y ss.).

⁴⁷⁶ BGH St. 2, 200.

⁴⁷⁷ ROXIN, *Derecho penal*, p. 795.

decidirse con base en esta, al ser capaz de comportarse según el derecho establecido y en contra de lo injusto e ilegal⁴⁷⁸.

En la concepción normativa la culpabilidad se compone pues de tres elementos diferentes que son los siguientes:

- i. La capacidad de culpabilidad del autor (imputabilidad).
- ii. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho (que antes de los desarrollos del finalismo se consideraba como simplemente la existencia del dolo o la culpa).
- iii. La ausencia de causas de exculpación⁴⁷⁹.

Se puede decir que esta concepción domina en la actualidad, aunque es preciso anotar que se ha venido presentado una serie de corrientes que tratan de darle un contenido distinto a la culpabilidad.

Roxin⁴⁸⁰, por su parte, considera que la categoría de *culpabilidad* debe ser considerada como *responsabilidad*, y propone que la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena conformen la categoría de *responsabilidad*, la cual incluiría los elementos que excluyen la imposición de la pena por la ausencia de exigencias político-criminales relacionadas con los fines de la pena. Para este autor, la culpabilidad se debe entender como la actuación injusta a pesar de que exista una asequibilidad normativa en el caso concreto. Así entendidas las cosas, y con base en el libre albedrío, el sujeto actúa de manera culpable al no adoptar ninguna de las otras conductas lícitas que le eran asequibles. Y tanto la capacidad general de autocontrol como la asequibilidad normativa del sujeto pueden ser empíricamente constatables.

⁴⁷⁸ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 140 y ss.; de forma similar véase: STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, nm. 529; BAUMANN, *Strafrecht AT*, pp. 383.

⁴⁷⁹ BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, § 24, p. 357 y ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, p. 103.

⁴⁸⁰ ROXIN, *Derecho penal*, pp. 809 y ss.

La categoría de la *culpabilidad* de Roxin⁴⁸¹ debe ser extraída de los objetivos de la imposición individual de la pena. Esta necesita de una ampliación porque el castigo depende no solo de la culpabilidad, sino también de las exigencias de prevención. La pena debe perseguir objetivos preventivos especiales (que el sancionado no vuelva a reincidir, lo que se logra a través de la ejecución penal y la resocialización) y preventivos generales, al promover en la conciencia jurídica de la población las consecuencias de los comportamientos punibles. Ello entendiéndose que la pena afecta primariamente solo al delincuente y que frente a la sociedad tiene efectos mediatos. Con ello se establece un límite al derecho de sancionar del Estado y se asegura a los ciudadanos un ámbito adecuado de libertad personal frente a los intereses de seguridad del Estado. El ciudadano puede estar seguro de que no será castigado si no es culpable, y tampoco más drásticamente que lo correspondiente a su culpabilidad.

1.1.3 La culpabilidad para la medición de la pena

La culpabilidad para la medición de la pena está marcada, igualmente, por el principio de culpabilidad, que establece como exigencia el que se castigue según la medida de la culpabilidad⁴⁸².

Aquí la culpabilidad completa la conexión con las circunstancias del delito cometido para el caso sujeto a estudio. Este concepto de *culpabilidad* abarca todos los momentos que determinan la imposición de la consecuencia jurídico-penal y que deben tenerse en cuenta al pronunciarse sobre el hecho⁴⁸³.

Se trata de la culpabilidad en este sentido establecida, por ejemplo, en Alemania, en el §46 I fr. 1 StGB, como la conexión con las circunstancias del delito para la graduación de la pena⁴⁸⁴. Se realiza en

⁴⁸¹ ROXIN, *Evolución*, pp. 27 y ss.

⁴⁸² ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, p. 4.

⁴⁸³ BOCKELMANN, *AT*, p., 221; DREHER/TRÖNDLE, *Kommentar StGB*, §46 nm 4; LENCKNER, en *Schönke-Schröder StGB*, §13 nm 112.

⁴⁸⁴ “§46 StGB. Principios de la fijación de la pena.

este nivel de culpabilidad, entre otros, la ponderación sobre si la acción con intención contiene culpabilidad más grave frente a la acción negligente, si el desvalor de acción y el desvalor del resultado tienen una importancia para la culpabilidad correspondiente y si otras circunstancias que no están en relación directa con el hecho se pueden estudiar para la apreciación de la gravedad de la culpabilidad⁴⁸⁵.

En este nivel se analiza la cuestión sobre la gravedad de la culpabilidad del autor⁴⁸⁶ y, por ende, se realiza una ponderación, por lo que la pena es susceptible de un aumento o una reducción según la gravedad o nimiedad y los criterios de importancia⁴⁸⁷.

1.2 Concepto de “culpabilidad mínima”

1.2.1 Con ayuda de la conjunción de los tres niveles

La culpabilidad, como requisito del castigo, es común a todos los tres niveles de función. Sin embargo, se emplea el concepto de *culpabilidad* en cada caso para una cuestión distinta adicional. La idea de *culpabilidad* se pregunta: “Por qué y hasta qué punto generalmente se castiga”, la culpabilidad de medida o graduación de la pena sobre el “si...” y la culpabilidad de graduación penal sobre “cómo” es el castigo.

Los tres niveles funcionales no describen un concepto idéntico de culpabilidad, sino que califican, al contrario, en su estructura, tres conceptos con sus características distintas, cuyas diferencias para una persona leiga no son fáciles de vislumbrar por el hecho de que se denominan de manera idéntica como *culpabilidad*⁴⁸⁸.

I. La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena [...]”. LENCKNER, en *Schönke-Schröder StGB*, § 13 nm 112.

⁴⁸⁵ ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, p. 4.

⁴⁸⁶ STREE, en *Schönke-Schröder StGB*, § 46 n.º 8.

⁴⁸⁷ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 194 y ss.

⁴⁸⁸ ACHENBACH, *Historische und dogmatische*, p. 5.

Aunque los diferentes conceptos de culpabilidad tienen una independencia abstracta y funcional, muestran, no obstante, una comunidad cuando la idea de *culpabilidad* crea entre estos una unidad necesaria. De esta manera, al analizar el caso en concreto, el fiscal debe poder establecer estos tres niveles del “por qué”, “si...” y “cómo” podría llegar a castigar el hecho materia de investigación. Si al estudiar el caso se pasa del primer nivel al de la afirmación del castigo, se deben empezar a estudiar las circunstancias del hecho en sí para llegar a graduar la propia culpabilidad del autor, lo que implica que se esté frente a un hecho que cumple con los parámetros para ser considerado como delictivo. Ello unido a las características del autor para establecer si podía exigírsele que actuara conforme con el ordenamiento jurídico. Finalmente, en el tercer nivel se perfila aún más el entendimiento de si se está frente a un caso revestido con culpabilidad mínima, ya que al preguntarse sobre cómo debe ser el castigo, entra en consideración la posibilidad de continuar o no con la persecución misma. En este punto se tienen en cuenta para el análisis además las circunstancias del hecho, de la víctima, del estado y del autor, tal y como lo propuso Weigend⁴⁸⁹, con el fin de determinar con mayor exactitud si en el caso se puede considerar la culpabilidad como mínima.

De esta manera, se analizarían los elementos que se exponen enseguida.

A. Rasgos característicos del hecho

Ello requiere, en primer lugar, establecer el fin de la norma y lo que pretendía proteger. Una vez claro el fin de protección que buscaba el legislador, es necesario analizar el hecho en concreto para establecer la menor gravedad del hecho punible, lo que implica ver el especial menor desvalor de la acción⁴⁹⁰ y/ o del resultado del hecho. Ello se

⁴⁸⁹ WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 170 y ss, 178 y ss., 190 y ss.

⁴⁹⁰ Aunque en países como Suiza se tiene en cuenta a la hora de valorar el contenido de injusto típico junto al desvalor de acción, el desvalor de intención

puede dar, por ejemplo, según las consideraciones de Wolter⁴⁹¹: en supuestos de imprudencia especialmente leve en lugar de imprudencia normal o simple negligencia; en casos de dolo eventual en vez de acción intencional; cuando el comportamiento *ex ante* sea comparativamente no peligroso; cuando la ejecución del hecho sea espontánea en vez de una planificación concienzuda; en ausencia de especiales medios comisivos; en caso de lesiones personales cuando el maltrato no supere a la lesión con menoscabo de la salud o la integridad corporal y sin causación de dolores considerables; en caso de daño en bien ajeno cuando el deterioro no llegue hasta la destrucción de la cosa; cuando el objeto de la acción punible sea único en vez de varios; cuando el hecho no se produzca en el contexto de una banda o en un contexto profesional; en casos de inexistencia de daños colaterales más allá de los propios del delito; el hecho de que no haya ningún daño económico específicamente debido al delito que supere el equivalente a una cuota determinable por cada legislación, según sus particularidades; en delitos contra el medio ambiente, la dañinidad social y el menoscabo del medio ambiente, entre otros. Finalmente, en casos donde concurra la culpa de la víctima.

Del mismo modo, la falta de circunstancias de agravación establecidas en las legislaciones penales. O la concurrencia de delitos perseguibles a instancia de parte mediante acción privada.

B. Circunstancias de la víctima

Es necesario analizar en primer lugar la situación de la víctima. Es posible que pueda verse en un primer momento que se está ante un caso de ausencia de una especial sensibilidad de la víctima (a causa de la edad, de la necesidad o de la enfermedad). Sin embargo, puede que,

(*Gesinnungseunwert*), de modo que si es posible considerar el desvalor de la acción como insignificante, pero no el de intención, en comparación con casos similares, no podrá apreciarse el elemento de culpabilidad mínima.

⁴⁹¹ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 81.

por el contrario, ese mismo tipo de víctimas tenga una afectación especial o se requiera una protección especial (en caso de delitos contra personas mayores, enfermos o niños) con lo cual no podría considerarse la culpabilidad como mínima. Por otro lado, en casos en que se dé el perdón de la víctima o se establezcan arreglos por reparación también es posible considerar la culpabilidad como mínima.

C. Intereses generales del Estado o de la comunidad

En este punto se analizarán cuestiones relativas a la economía procesal, junto con la ausencia de una especial sensibilidad en la comunidad. Del mismo modo, consideraciones sobre la finalidad de la pena, la ausencia de necesidades especiales desde el punto de vista de la prevención especial y de la prevención general⁴⁹².

D. Circunstancias características del autor

Es necesario determinar las condiciones del procesado para ver la forma en la cual es posible hacerlo responsable, es decir, todo lo relativo a las cualidades del autor y su posición frente al hecho que influyen en la consideración de la culpabilidad como mínima. Entre estas encontramos: casos de error de prohibición vencible; una situación conflictiva en la cual no habiéndose aplicado una causa de justificación o de exculpación, casi se cumplen los requisitos para su aplicación⁴⁹³, el grado de la autoría, una participación solo muy

⁴⁹² Por el contrario, en casos en los que, por ejemplo, se está ante un delito que se ha cometido de manera reiterada en una misma comunidad durante un período corto de tiempo, se optaría por la acusación, ya que se vislumbra un aumento de ese delito que afecta a toda la comunidad. Ello a pesar de que con esta decisión se castigaría al autor por circunstancias que, en principio, pueden considerarse fuera de su órbita, pero como afirma Weigend, esto cae dentro del dilema general de la prevención general. WEIGEND, *Anklagepflicht*, p. 191.

⁴⁹³ MIR PUIG, *Derecho penal.*, pp. 437 y ss. Es posible que el hecho típico no llegue a estar justificado, pero se produzca en una situación tal de conflicto de intereses que

subordinada en el hecho, la inducción de otros para cometer el hecho, una tentativa cercana a la fase preparatoria⁴⁹⁴; cuando el autor se halla en una situación de necesidad o de conflicto; en supuestos de actuación en consideración a un tercero o tras una provocación; cuando en el caso concreto faltan motivos o finalidades de la acción que incrementen la culpabilidad, por ejemplo, la búsqueda de una ganancia económica, la malicia, la falta de consideración hacia los demás o la falta de escrúpulos⁴⁹⁵. Igualmente, en relación con el mismo autor, analizar las consecuencias especialmente duras para el autor en casos de autodaño directo o indirecto. Y casos en los cuales un efecto de mejora no se ha de esperar por el castigo, por ejemplo, en caso de personas débiles, con enfermedades graves, avanzada edad o no aptas para tratamiento.

1.2.2 *Con ayuda de los parámetros para la determinación de la pena*

En el intento de averiguar un concepto concreto de culpabilidad mínima es útil recurrir, en un siguiente paso, a los elementos para la graduación de la pena en los cuales se consultan todas las circunstancias relacionadas con la culpabilidad, dejando de lado circunstancias y valoraciones de tipo moral o ético⁴⁹⁶. Esto se realiza en

resulte hasta tal punto disminuido, que el resto de injusto subsistente resulte insuficiente para que merezca ser castigado penalmente (excesos de mínimo en la defensa que impiden apreciar la eximente de legítima defensa). Es lo que sucede cuando el error de prohibición, aun no siendo invencible, tampoco es incomprensible. Cuando no se ha dado una situación de estado de necesidad o de legítima defensa, pero se puede valorar dicha situación.

⁴⁹⁴ LR-RIESS, § 153 nm 23 y ss.; siguiendo a RIESS, PFEIFFER, en PFEIFFER/FISCHER, *StPO*, §153 StPO, nm. 2. Para apreciar mayores motivos al respecto, véase: WOLTER, en *GA* 1985, p. 75; HERRWIG, *Die Einstellung*, p. 117; AHRENS, *Die Einstellung*, p. 214; SCHROEDER, en *FS Peters*, p. 417. Véase igualmente: SATZGER, *Gutachten 65. DJT 2004* e 73 y ss.

⁴⁹⁵ WOLTER, en *GA* 1989 p. 421.

⁴⁹⁶ LR-RIESS, StPO § 153 nm. 21; KK-SCHOREIT StPO § 153 StPO, nm. 18; MEYER-GOßNER, StPO §153 nm 4.

Alemania conforme al §46 II StGB⁴⁹⁷, en tanto que en España se encuentra en el capítulo II, sección 1ª, en los artículos 61 y siguientes del Código Penal.

El concepto de *culpabilidad*, en este sentido, vendría dado principalmente por la reprochabilidad del hecho injusto. Así, en el §46 II StGB⁴⁹⁸ de la legislación alemana⁴⁹⁹ se estableció un catálogo de fijación de la pena⁵⁰⁰ donde se tienen en cuenta las siguientes circunstancias:

- i. Los móviles, objetivos y convicción del autor (por ejemplo, sobre la cuestión de si el hecho era querido por él o si fue inducido a realizarlo, pero carecía de iniciativa en su realización⁵⁰¹; la pregunta sobre si la intensidad criminal que desencadenó el hecho era considerable o insustancial)⁵⁰² y la ausencia de una segunda incriminación.

⁴⁹⁷ BOXDORFER, NJW 1976, pp. 317 y ss.

⁴⁹⁸ “§ 46. StGB Principios de la fijación de la pena.

II En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr un acuerdo con la víctima.

(3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal”.

⁴⁹⁹ En otros países, como España, según el artículo 66 del Código Penal, es necesario analizar para la determinación de la pena las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en los artículos 21 y 22.

⁵⁰⁰ BLOY, GA (1980), p. 172; MEYER-GOSSNER, StPO, §153 nm. 4; LR-BEULKE, StPO, §153 nm. 27; SCHÖCH-AK, StPO §153 nm. 15; HK-KREHL, STPO §153 nm. 8; KMR-PLÖD, StPO §153 nm. 10; RANFT, StPO §153 nm. 1150, nota 80.

⁵⁰¹ LR-BEULKE, StPO §153 nm. 27.

⁵⁰² FISCHER, StGB §46 nm. 31.

- ii. Si el hecho era extraño a su personalidad o si el autor ya había delinquido con anterioridad de manera similar, caso en que no se analiza la magnitud del daño realizado, pues esta no repercute inmediatamente en la apreciación; sin embargo, pueden ser importantes las consecuencias causadas para determinar la medida de la culpabilidad⁵⁰³. Lo anterior significa castigar al autor según su culpabilidad y el volumen de la perturbación al derecho, en tanto que se puede hacer responsable de ello.
- iii. Los antecedentes del autor⁵⁰⁴, sus condiciones personales y económicas, su entorno social, la buena reputación que tiene el procesado, su integración en la sociedad y, en general, las características del ambiente en el que se desarrolla el individuo y su situación socioeconómica. Y relacionado con ello, los efectos de la pena sobre el individuo y su familia.
- iv. El comportamiento posterior a la comisión del delito, sobre todo en cuanto a su esfuerzo en la reparación de los daños ocasionados y/o el esfuerzo por lograr un acuerdo con la víctima⁵⁰⁵.

Aunque no son criterios sino reglas generales para su aplicación, este catálogo nos provee una serie de elementos muy valiosos en el momento de determinar una pena a un sujeto responsable y, en esa medida, cobra una relevancia preponderante frente a la de otras legislaciones como la española, en las que únicamente se prevén herramientas para establecer el *quantum* punitivo, teniendo en cuenta atenuantes, agravantes y circunstancias del hecho en general, pero sin

⁵⁰³ MEYER-GOSSNER, StPO §153 nm. 4; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 27.

⁵⁰⁴ Entre los que se tendrán en cuenta especialmente los antecedentes penales por delitos relacionados contra el mismo bien jurídico, su pertenencia a grupos criminales, su radicalidad política y si presenta una convicción particularmente hostil frente a las leyes y el derecho.

⁵⁰⁵ CRAMER, *FS für Maurach*, p. 495.

tener en cuenta todos los aspectos más puntuales del autor responsable.

Se debe analizar todo ello sabiendo que la pena tiene su límite en la culpabilidad del autor y depende de necesidades preventivas. De esta forma, si se toman los elementos de graduación de la pena como un todo que habla en favor o en contra del autor y de todas las circunstancias que, separadamente o sumadas, pueden llegar a disminuir su culpabilidad, si los criterios de agravación faltan y existen criterios en favor del autor, se podría considerar de forma mínima la culpabilidad del autor⁵⁰⁶.

Con lo anterior se tiene ya un marco que ayuda en la búsqueda de una definición del concepto de *culpabilidad mínima*. Sin embargo, es demasiado amplio para considerarlo como suficiente, por lo que se considera necesario buscar elementos adicionales.

1.2.3 Comparando el caso con otros similares

Adicionalmente, para considerar la culpabilidad del autor como mínima, se deben analizar todas las circunstancias del caso concreto. Además, es posible que se den puntos de referencia al compararlo con una medida media de culpabilidad en casos similares.

Por ende, se consideraría la culpabilidad como mínima cuando, analizado el hecho con otros de similares características⁵⁰⁷, esta se puede ubicar dentro de la mitad inferior⁵⁰⁸ bajo el promedio⁵⁰⁹, es

⁵⁰⁶ BOXDORFER, *NJW* (1976), pp. 317 y ss.

⁵⁰⁷ De forma similar, véase: ECKL, *JR* 75, pp. 100 y ss.; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 22, 25; RANFT, StPO §153 nm. 1150, pdp. 81; MEYER-GÖBNER, StPO §153 nm. 4.

⁵⁰⁸ ZIPF, *Strafprozeßrecht*, p. 78; LR-KLEINKNECHT, StPO §153 nm. 2 B; KMR StPO §153 nm. 2b.

⁵⁰⁹ De acuerdo con este parámetro, véase: LR-RIESS, StPO §153 nm. 22; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 16; BEULKE, *Strafprozeßrecht*, §16, nm. 334; MEYER-GOSSNER, StPO §153 StPO, nm. 4; KMR- MÜLLER, StPO §153 nm. 5;

decir, si la conducta se sitúa en el rango de las menos serias de su tipo. Autores como Pfeiffer, Riess y Meyer-Gossner⁵¹⁰ consideran que el castigo adecuado debería estar comprendido en el límite más bajo del marco penal en cuestión. Y este promedio se tendría que comprender, sin embargo, además cualitativa y cuantitativamente⁵¹¹. Asimismo, la comparación no se puede referir únicamente a la existencia de un delito correspondiente, pues eso conduciría a que, por ejemplo, los delitos de hurto solo se compararían con otros delitos de hurto, excluyéndose otros delitos patrimoniales, como por ejemplo, los relativos a la estafa o fraudes menores. Y, claro está, un tratamiento de tales características no puede ser aceptado. Por razones lógicas, tienen que ser analizados y tomados como delitos similares aquellos que contengan una situación parecida. En la comparación se tiene que poder establecer el punto de referencia abstracto promedio⁵¹². Con ello se estaría en disposición de orientarse hacia un “caso promedio” que establecería el medio del marco penal.

Al mismo tiempo, debe poderse establecer un marco penal que regule lo que debe considerarse como incluido dentro del ámbito de aplicación del principio de oportunidad, campo en el cual puede prescindirse completamente de la persecución, de forma razonable.

Por ejemplo, en delitos contra el patrimonio, adicionalmente, se puede consultar para la delimitación del campo de aplicación como escala, el valor económico del objeto o bien del daño. Este criterio, objetivo en sí y determinable, tiene la desventaja de que, dado que el área de lo que se debe considerar como poco valor se tiene que definir, al hacerlo se determina un “importe fijo” que no se puede modular según cada caso. Este problema se puede solventar solo si

PFEIFFER, PFEIFFER/FISCHER StPO, §153 nm. 2; MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung*, pp. 36 y ss.

⁵¹⁰ PFEIFFER, PFEIFFER/FISCHER, StPO §153 nm. 2; LR-RIESS, StPO §153 StPO, nm. 22; MEYER-GOSSNER, en KLEINKNECHT/MEYER/MEYER-GOSSNER, StPO §153 StPO.

⁵¹¹ MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung*, pp. 36 y ss.

⁵¹² MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung*, pp. 36 y ss.

atendemos a que el valor tanto de la idea de *circulación* como del desarrollo del dinero se adapta más o menos dinámicamente⁵¹³. Si algo está por debajo de esa frontera del valor del objeto del delito o del daño, puede concurrir el empleo del principio de oportunidad⁵¹⁴.

El promedio como punto de referencia para la insignificancia puede solo en parte tratar de ser calculado. Únicamente una conexión de los dos procedimientos puede llegar a solventar la problemática. Ello a partir de entender que *culpabilidad mínima*, por un lado, significa, de forma abstracta, cuantificabilidad que, sin embargo, por otro, distingue la posibilidad de archivo frente a la alternativa penal del castigo, que es una diferencia cualitativa. Por ello, el concepto de *culpabilidad mínima* no abarca solo el equivalente a “castigo mínimo”, sino que entraña la oportunidad de la impunidad como componente fundamental⁵¹⁵.

⁵¹³ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 218.

⁵¹⁴ Sin embargo, no se debe perder de vista que puede suceder que aquellos casos que califican para el marco penal inferior pueden hacer que, haciendo un análisis de los hechos jurídicamente relevantes y realizando una comparación específica de casos, el promedio calculado genere que la gran mayoría de los delitos presenten solo un grado de gravedad relativamente o proporcionalmente pequeño. Así las cosas, lo que pasaría es que muy pocos de los casos se encontrarían en un nivel alto, es decir, muy por encima del promedio o el nivel de la mayor parte de los casos que se presentan, y con ellos el caso normal se encontraría ya en el ámbito de la bagatela. Del mismo modo, en caso de que falten elementos para fundamentar la pena como los establecidos en el §46 II StGB, podría ser ya tan bajo el promedio resultante de los cálculos que una desviación cuantitativa considerable hacia abajo marcaría el ámbito de la bagatela, que incluso ya no sería imaginable considerarla como tal. Algo similar sucedería si en lugar de un promedio calculado, se pone en el medio de los casos o en el caso normal. BGH, *NJW* (1976), p. 2355; BGH, *NStZ* (1983), p. 217; BGHSt 27, pp. 2,4; BGH, *NStZ* (1984), p. 20; BGH, *NStZ* 88, p.86; MÖSL, *NStZ* (1984), p. 158; MÖSL, *DRiZ* 79, p.166; DREHER, *StGB*, §46 nm. 14. MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung*, pp. 36 y ss.

⁵¹⁵ MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung*, pp. 37 y ss.; HANACK, *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 348.

1.2.4 Aspectos procesales

Finalmente, teniendo en cuenta consideraciones procesales, la culpabilidad se puede considerar mínima, por ejemplo, cuando un procedimiento ha sido tan largo que la culpabilidad, que anteriormente pudo no haber sido tenida como mínima, se puede considerar así por esa duración excesiva⁵¹⁶. De esta manera, el retraso del proceso no se le puede cargar al imputado, por lo que se puede apreciar en estos casos la culpabilidad, igualmente, como mínima⁵¹⁷. Igualmente ello sucede en casos en los que se establece la desidia en el manejo del proceso por parte del ministerio público⁵¹⁸. En estas circunstancias, la violación del derecho a un plazo razonable⁵¹⁹ confirma, además, su aplicación.

1.2.5 Hipotética apreciación de la culpabilidad

En el principio de oportunidad el significado de *culpabilidad mínima* tiene un gran peso, pues se erige como una condición fundamental para el empleo de dicha prescripción. Aunque hay que tener en cuenta que en la práctica, para considerar el hecho como revestido de culpabilidad mínima, no se requiere ninguna constatación de la culpabilidad. En efecto, la posibilidad dada al ministerio público de aplicar el principio de oportunidad no presupone que se realice gracias

⁵¹⁶ KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 15, *NStZ* 90, p. 94. Duración del procedimiento demasiado larga.

⁵¹⁷ KUSCH, *NStZ* (1996), p. 21; véase también: OLG Frankfurt a.M., *NStZ* 1998, p. 52.

⁵¹⁸ BGH, *NJW* (1996), p. 2379; véase también en *Wistra* 1996, p. 314.

⁵¹⁹ Véase el completo estudio de PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho, passim*. De hecho, en España, con la modificación al Código Penal mediante la LO 5/2010 de 22 de junio, se incorporó una atenuante genérica con el fin de reparar los prejuicios ocasionados por un proceso con dilaciones indebidas. Sobre ello, véase: MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, en *RDPC* (2011), pp. 80 y ss., 95 y ss.

a lo encontrado a través de las averiguaciones del procedimiento⁵²⁰. Lo anterior debido a que, a pesar de que esta decisión se debe proferir en virtud de la falta de interés público y la existencia de culpabilidad mínima, de ello no se desprende que necesariamente se deban tener pruebas sobre la culpabilidad, sobre la existencia garantizada de un delito en el hecho materia de examen o de la necesaria respuesta ante este por parte del conglomerado social. Basta el que exista la sospecha de la comisión de un hecho con características de delictivo y que, luego de un análisis ponderado del ministerio público, la decisión sea la más favorable tanto para el imputado⁵²¹ como para la sociedad. Por ello, para la cuestión de cuándo se tendría que considerar la culpabilidad del autor como mínima, se tiene que hacer una apreciación de la culpabilidad hipotética. Esta debe generar la cierta probabilidad de la existencia de la culpabilidad, o por lo menos, la improbabilidad de una absolución en caso de la realización de un procedimiento principal⁵²². El ministerio público tiene que hacer que su pronóstico sea susceptible de demostración. Si ello es así, se puede suprimir entonces la realización de una investigación mayor.

El caso contrario, que es suponer que el principio de oportunidad tan solo está reservado para los casos con prueba de culpabilidad garantizada, es poco realista, pues lo que implica la constatación de la culpabilidad no presupondría el empleo del principio de oportunidad⁵²³. Este problema se presentaba en Alemania donde se establecía en el §153 StPO que la culpabilidad del autor “es mínima”. Por ende, fue necesario que el legislador realizara una modificación en 1975 para cambiar su estructura, donde se establece que la culpabilidad “se tendría que considerar como mínima”⁵²⁴. Por ello no se puede

⁵²⁰ ESER, *FS für Maurach*, p. 258; ECKL, *JR* (1975), 101 nm. 23 con referencias; de forma similar, véase: SK-WESSLAU StPO §153 nm. 31; KK-SCHOREIT, StPO §153 StPO, nm. 6.

⁵²¹ LR-BEULKE, StPO §153 nm. 35; KMR-PLÖD, StPO §153 nm. 4.

⁵²² KLEINKNECHT, StPO §153 p. 529, nm. 3.

⁵²³ KMR-PLÖD, StPO §153 nm. 4.

⁵²⁴ BTDRUCKS. 7/550 p. 298; de manera afirmativa, véase: RIESS, *Wistra* 97, pp. 137, 139.

referir a la probabilidad de condena⁵²⁵, así como tampoco al resultado⁵²⁶, aunque sí se debe visualizar la improbabilidad de una absolución.

En suma, no se procura la prueba de la culpabilidad plena y la apreciación concluyente del grado de la culpabilidad como condición⁵²⁷. De esta forma, se debe entender que la culpabilidad no necesita estar demostrada, basta con una “hipotética apreciación de la culpabilidad”⁵²⁸ de manera que se debe suponer que, con probabilidad, la culpabilidad del autor sería insignificante⁵²⁹.

1.2.6 Concepto obtenido

De lo expuesto se puede extraer que para establecer la culpabilidad como mínima en un hecho concreto son necesarios los siguientes aspectos.

En primer término, avanzar dentro de los tres niveles del por qué, el sí y el de la culpabilidad, haciendo para ello un análisis de las circunstancias del hecho, del autor, de la víctima y de la sociedad. Si en este primer paso se puede considerar, de la ponderación de las circunstancias, como mínima la culpabilidad, es posible continuar con el siguiente paso.

En segundo término, utilizando los principios para fijación de la pena de la legislación específica, de manera que, si faltan elementos de

⁵²⁵ Así, sin embargo, véase: ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, §14 nm. 7.

⁵²⁶ AK-SCHÖCH, StPO § 153 nm. 5 (puntos de referencia suficientes de la culpabilidad).

⁵²⁷ Véase: KERN/ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 62

⁵²⁸ BVerfGE 82, 106, en NJW (1990), 2741, hipotética apreciación de la culpabilidad.

⁵²⁹ SCHROEDER, *Strafprozessrecht*, §9, nm. 65 señala que a pesar de que con el archivo se evita la comprobación de la inocencia del encartado, esto sucede con frecuencia luego de que la defensa ha desarrollado su papel y ha aportado pruebas de descargo, por lo que el inculcado debe incurrir en una serie de cargas, como sus gastos (§467 StPO).

agravación y existen criterios en favor del autor, sea viable aún considerarla como mínima.

En tercer término, analizando el hecho con casos similares para establecer si la culpabilidad está por debajo del promedio de casos parecidos, susceptibles de ser comparables.

Finalmente, estableciendo si se presentan o no aspectos procesales irregulares que deban ser tenidos en cuenta, de forma que sea posible considerarla como culpabilidad mínima.

Con estos tres niveles básicos sumados a los aspectos procesales, que constituyen un elemento para tener en cuenta pero que no se presentan con frecuencia y, por ende, no son tenidos como principales, es posible fijar lo que puede ser considerado como un hecho realizado con culpabilidad mínima. Sin embargo, no es posible una definición exacta con un contenido unívoco⁵³⁰.

El concepto expuesto se complementa, mediante su conjunción, con el otro presupuesto señalado, esto es, la falta de interés público en la persecución.

2. EL INTERÉS PÚBLICO EN LA PERSECUCIÓN

El concepto de *interés público* ha sido fuente de amplios debates, que se centran sobre todo en su carácter indeterminado⁵³¹. En efecto, el

⁵³⁰ HANACK, *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 348 lamentaba que cuando se buscaba comprender el concepto de la *culpabilidad mínima* se acudía, en la mayoría de los casos, a “transcripciones descoloridas con contenidos contradictorios”. Este reproche se ha confirmado luego de la exposición plasmada en estas páginas.

⁵³¹ Por esta razón, autores como Maria-Katharina Meyer en *GA* 1997 pp. 404 y ss., 412, 417 y ss. no consideran útil el criterio *öffentliches Interesse* y proponen su renuncia. Para esta autora el “interés público” se ve como demasiado indeterminado, lo que hace que sea una fórmula vacía, superflua y además peligrosa; sin embargo, ello implicaría que permaneciera como única condición para el principio de oportunidad —ella se refiere al §153— la culpabilidad mínima del autor que por sí misma no podría garantizar la seguridad jurídica necesaria. De la misma opinión es ROXIN/SCHÜNEMANN, §14, 7 nota 1; HORSTMANN, *Zur Präzisierung*, p 145;

legislador no ha dado claros contornos, por lo cual ha sido la doctrina y la jurisprudencia los que lo han dotado de contenido. A modo de ejemplo, podemos señalar a autores como Riess y Beulke, para quienes el interés público se analiza exclusivamente en la sanción, porque el procesamiento penal no es ningún fin en sí mismo que justifique o no su continuación⁵³².

En un primer momento, se dice que existe interés público cuando la armonía jurídica y la paz se ven perjudicadas más allá del círculo vital del perjudicado, por lo que el procedimiento penal se vuelve un deseo público⁵³³. El perjuicio se puede deber, por ejemplo, al alto grado del ilícito, a causa de la crudeza o peligrosidad del hecho, de los móviles bajos del autor o de la posición de la víctima en la sociedad.

En general, se considera política criminal que para establecer la existencia de un interés público en la persecución, sea necesaria la evaluación tanto de los aspectos de prevención especial⁵³⁴ como de prevención general, los cuales tienen el mismo rango e importancia, para aplicar o excluir la aplicación del principio de oportunidad. De hecho, se puede decir que los intereses públicos se podrían llegar a

WOLTER, en *GA* 1985, p. 75, quien señala que la compensación del interés público mediante instrucciones es una fórmula vacía. Véase también al respecto: KK-Schoreit, §153 nm 22.

⁵³² LR-BEULKE, StPO § 153 nm. 28; BOXDORFER, en *NJW* 1976, p. 318; HANACK, en *FS für Gallas*, p. 353; RIESS, en *NSiZ* 1981, p. 8.

⁵³³ Puede ser aceptado un interés de persecución público en robos en tiendas o en casos de lesiones corporales menores en accidentes de tránsito, cuando se observe en estos delitos una tendencia de aumento desproporcionada, que genere una fuerte necesidad de disuasión. La no persecución de algunos de esos casos podría aparecer como arbitraria. Igualmente, si el investigado había sido previamente advertido o penalizado por una conducta similar, existe un interés público en que sea ahora perseguido. Sobre ello, véase: *Richtlinien für das Strafverfahren* de 1970, Regla 83.

⁵³⁴ Los cuales ya se consideran en la culpabilidad mínima, véase: MEYER-GOSSNER, StPO §153 nm. 7; KK-SCHOREIT, StPO §153 StPO, nm. 22; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 31, con amplias referencias; HOBE, *FS für Leferenz*, p. 640; SCHÖCH-AK, StPO § 153 nm. 20; KK-SCHOREIT, StPO, §153 StPO, nm. 22.

equiparar a los fines de la pena⁵³⁵. También este interés puede darse para evitar la comisión de otro ilícito.

2.1 Aspectos preventivos especiales

Desde el punto de vista de la prevención especial, el interés público se suele justificar cuando el archivo del proceso, con la correspondiente falta de sanción, provocaría, con cierto grado de probabilidad⁵³⁶, la comisión de nuevos delitos por parte del investigado⁵³⁷. Para ello se deberían tener en cuenta aquellas circunstancias que hagan aparecer a la persona del autor como un peligro para la sociedad. Y la forma de llegar a tal pronóstico es mediante consideraciones apoyadas en conocimientos criminológicos, como, por ejemplo: la tendencia del investigado hacia la criminalidad, su anormalidad psíquica o el momento y posición del hecho en el desarrollo de la vida del autor, entre otros⁵³⁸.

Y ello servirá de una manera relevante solo en el marco de una consideración completa de los puntos de vista preventivos especiales como los siguientes:

⁵³⁵ En opinión de Riess, aquellas circunstancias que no se puedan encuadrar en los fines de la pena no pueden fundamentar el interés público; aquello que desde el punto de vista de los fines de la pena es legítimo no puede justificar la falta de interés público en el sentido del §153 StPO. Lo anterior no puede llevar a conclusiones en el sentido de que cualquier necesidad de prevención se equipare al interés público, véase: LR-RIESS, StPO §153 nm. 30. No existe ningún interés en la persecución cuando la protección de la sociedad no se ve puesta en peligro por un archivo, sobre ello, véase: KMR-MÜLLER, StPO§ 153 nm. 6.

⁵³⁶ Ello implica de suyo que el autor únicamente a través de la imposición de una pena podría llegar a conocer el desvalor de su conducta delictiva. Por ende, la consideración de punición por motivos de prevención especial depende de la concreta personalidad del autor, siendo necesario una aproximación al conocimiento sobre su comportamiento futuro.

⁵³⁷ Aunque en la práctica las circunstancias personales del autor se tienen más en cuenta a la hora de valorar si existe culpabilidad mínima, que en relación con la existencia de un interés público en la persecución.

⁵³⁸ Sobre ello, véase: GOPPINGER, *Kriminologie*, pp. 272 y ss.

- i. Sus antecedentes penales⁵³⁹.
- ii. La convicción hostil hacia la sociedad⁵⁴⁰ o el desprecio consciente de la autoridad estatal.
- iii. La incorregibilidad.
- iv. El comportamiento completo del investigado.

Sin embargo, los motivos en la persona del autor no se pueden convertir en el centro para considerar la existencia de un interés público. Se debe analizar este punto con extrema cautela, pues su arbitraria utilización podría violar el principio de *non bis in idem* —una perpetuación del reproche social⁵⁴¹— y la consolidación de un derecho penal “de convicción o de ideas”⁵⁴². Junto con ello, no se debe perder de vista que, frecuentemente, el comportamiento adicional del imputado, por lo general, posterior, influye tanto de manera positiva como negativa en el interés público en la persecución⁵⁴³. Aunque esto no se puede considerar de manera ilimitada, varias de estas circunstancias (por ejemplo, la reparación de daño voluntaria) son tenidas en cuenta tanto para la graduación de la pena como para, o bien disminuir el interés público en la persecución, o bien intensificarlo⁵⁴⁴.

⁵³⁹ ECKL, en *JR* 1975, p. 100.

⁵⁴⁰ LR-BEULKE, §153 nm. 31; KMR-PLÖD, StPO §153 nm. 46.

⁵⁴¹ Cuando los motivos para un interés público se centran en la persona del autor, por ejemplo, entre otros: predisposición pertinente del autor (antecedentes penales o supresión según el §153a, ECKL, *JR* (1975), p. 100); convicción de la hostilidad para la sociedad, con límites, véase: LR-BEULKE, StPO §153 nm. 31; el desprecio consciente de la autoridad estatal; la posición del autor en la vida pública, véase: MEYER-GOßNER, StPO §153 nm. 20, 21 con amplias referencias; HK-KREHL, StPO §153 nm. 9; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 33; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 23.

⁵⁴² HOBE, *FS für Leferenz*, p. 639; KMR-PLÖD, StPO §153 nm. 12; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 23.

⁵⁴³ KMR StPO §153 nm. 2c.

⁵⁴⁴ KMR-MÜLLER, StPO §153 StPO, nm. 6.

2.2 Aspectos preventivos generales

La prevención general se refiere a la necesidad de que no surjan delincuentes alentados por el hecho realizado. De esta forma, mediante la intimidación del individuo se confirma la amenaza penal en la búsqueda de evitar que se vuelvan a cometer delitos o se cometan nuevos por otros⁵⁴⁵. En suma, evitar que se pierda la confianza de los ciudadanos en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico⁵⁴⁶.

Así, para Riess, lo decisivo es si en el caso concreto, el carácter obligatorio del derecho puede verse menoscabado, si no se persigue este hecho⁵⁴⁷. Incluso se afirma que la prevención general puede llegar a tener más importancia al evaluar el interés público que en el proceso de graduación de la pena⁵⁴⁸.

Es posible justificar el interés público en el procesamiento penal, por ejemplo:

- i. Si han surgido consecuencias extraordinarias del hecho⁵⁴⁹.
- ii. En casos en los cuales algún delito específico se empieza a cometer reiteradamente de manera desproporcionada⁵⁵⁰.
- iii. Si la frecuencia de delitos similares⁵⁵¹ o el hecho de una falta de reacción generan un ambiente criminógeno que haga

⁵⁴⁵ LACKNER/KÜHL, StGB, §46 nm 26.

⁵⁴⁶ Al buscar mantener y reforzar la confianza general en la norma, es necesario analizar cada caso concreto, ya que los criterios preventivo-generales no han de referirse a una determinada clase de delitos.

⁵⁴⁷ MEYER-GOSSNER, StPO, §153 StPO, nm. 7; KK-SCHOREIT, StPO §153 StPO, nm. 25; PFEIFFER, StPO §153 StPO, nm. 3; LR-RIESS, StPO §153 nm. 28.

⁵⁴⁸ LR-RIESS, StPO §153 nm. 25.

⁵⁴⁹ BGH 10, 259 en NJW (1957), p. 1117; AK-SCHOCH StPO, §153 nm. 21; LR-RIESS, StPO §153 nm. 28; PFEIFFER, StPO §153 nm. 3; Meyer-GOSSNER, StPO §153 nm. 7; RÜPING, *Das Strafverfahren*, p. 110.

⁵⁵⁰ KÜHNE, *Strafprozessrecht*, pp. 359 y ss.

⁵⁵¹ LR-BEULKE, StPO §153 nm. 31.

temer que dichas acciones sacudirán la fidelidad de la población al derecho⁵⁵².

- iv. Si es necesario aclarar un trasfondo criminógeno⁵⁵³.
- v. Si se trata de evitar que la ilegalidad se implante en la vida social⁵⁵⁴.

En cuanto a la persona investigada, estaríamos frente a un interés público, teniendo en cuenta si ella ocupa una posición destacada en la sociedad⁵⁵⁵.

De otro lado, excepcionalmente, un interés del perjudicado en la persecución podría, no por sí solo, justificar el interés público particularmente frente a una fuerte alteración de la víctima⁵⁵⁶. Ello sucede, por ejemplo, cuando la no persecución afecte no solo los derechos de la víctima, sino también la función preventiva general del

⁵⁵² LR-BEULKE, StPO §153 nm. 28; PFEIFFER, StPO §153 nm. 3.

⁵⁵³ BOXDORFER, en *NJW* 1976, p. 320; KK-Schoreit, StPO §153 nm. 25; MEYER-GOSSNER, StPO §153 nm. 7; HOBBER, *FS für Leferenz*, p. 646.

⁵⁵⁴ BGHSt. 10, 259 en *NJW* (1957), p. 1117; MEYER-GOSSNER, StPO §153 nm. 7, 8; PFEIFFER, StPO §153 nm. 3; HK-KREHL, StPO §153 nm. 9; LR-RIESS, StPO §153 nm. 30; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 25; BOXDORFER, en *NJW* 1976, p. 319; MEYER-GOSSNER, StPO §153 nm. 8; PASCHMANN, *Die staatsanwaltschaftliche*, p. 128; PFEIFFER, StPO §153 nm. 3.

⁵⁵⁵ En el ejemplo de KK-SCHOREIT, StPO §153 StPO, nm. 25, sustracción de 260.000 DM de dineros donados al partido. Aunque el estatus de una persona en la sociedad no lleva automáticamente más responsabilidad por su actuación.

⁵⁵⁶ MEYER-GOßNER, StPO §153 nm. 7; KMR-PLÖD, StPO §153 nm. 12; HK-KREHL, StPO §153 nm. 9; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 32; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 25; KLEINKNECHT, StPO §153 nm. 3; MEYER-GOSSNER, StPO §153 nm. 7; BEULKE/FAHL, en *NSfZ* 2001, p. 429.

derecho penal⁵⁵⁷; igualmente, debido a la posición de la víctima en la vida pública⁵⁵⁸ y al impacto mediático del hecho⁵⁵⁹.

Existen, no obstante, distintos motivos individuales para que exista un interés público en la persecución, lo que al final dependerá de una serena ponderación⁵⁶⁰. La intensidad de la información de los medios de comunicación, como la prensa, sobre un caso, podría ser un indicio para un interés público que se deba reconocer al analizar el principio de oportunidad, aunque ello no es decisivo⁵⁶¹. Si bien es cierto que la información provee en la práctica observaciones importantes referentes a aquello que debe ser perseguido a causa de un interés público, no se debe perder de vista que una mala información que genere confusión puede cuestionarnos sobre si casos masivos de criminalidad leve hacen, o que aparezca un interés público que justifique su persecución, o que lo elimine⁵⁶².

A propósito de ello, es necesario también analizar si efectivamente el público tiene un interés loable en que las cuestiones del derecho sean aclaradas por medio de la realización de un procedimiento

⁵⁵⁷ Aunque en principio se pueda considerar más como una necesidad de penitencia de la víctima KMR-MÜLLER, StPO §153 StPO, nm. 6; LR-RIESS, StPO § 153, nm. 29.

⁵⁵⁸ Así, véase: KLEINKNECHT, StPO §153 nm. 3; MEYER-GÖBNER, StPO §153 nm. 7; KMR-PLOD, StPO §153 nm. 12; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 23, 33; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 23 f.; BEULKE/FAHL, en *NSZ* 2001, p. 429; LR-RIESS, StPO §153 nm. 30.

⁵⁵⁹ Por ejemplo, en casos de población especialmente vulnerable como los menores de edad.

⁵⁶⁰ ESER, *FS für Maurach*, pp. 257 y ss., 259, 269; LR-BEULKE, StPO §153 nm. 33 con referencias; BOXDORFER, en *NJW* 1976, p. 320; HOBE, *FS für Leferenz*, p. 644, duración inadecuadamente larga del procedimiento como motivo de archivo; HK-KREHL, StPO §153 nm. 9; la economía procesal puede jugar un papel, HELLEBRAND, StPO §153 nm. 281.

⁵⁶¹ HK-KREHL, StPO §153 nm. 9. LR-BEULKE, StPO §153 nm. 33; Hobe, *FS für Leferenz*, p. 645; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 44; LR-RIESS, StPO §153 nm. 30.

⁵⁶² Con aceptación del interés público, véase: HK-KREHL, StPO §153 nm. 9; PFEIFFER, StPO §153 nm. 3.

penal⁵⁶³. Ello, dado que no debe equipararse siempre el interés jurídico al interés público⁵⁶⁴. Y, finalmente, en el marco del interés público en el procesamiento penal, es posible comparar los principios de la aceleración del procedimiento penal con los intereses de persecución del Estado⁵⁶⁵. Tampoco es posible determinar el interés público cuantitativamente con base en el número de denuncias. Sería completamente discrecional a partir de qué número debería ser aceptado o rechazado tal interés. Ello máxime cuando es posible que se abuse de tal interés público fácilmente para forzar a un procedimiento por sentimientos distintos a la justicia, como serían, por ejemplo, la envidia o la venganza, o incluso motivos discriminatorios. El amplio número de denuncias tendría a lo sumo un cierto carácter indiciario para un interés público, pero no lo justificaría plenamente.

2.3 Consecuencias del hecho

Finalmente, para establecer la falta de un interés público en la persecución con la consecuencia del respectivo archivo del procedimiento, se debe tener en cuenta la insignificancia en las consecuencias del hecho. La afectación del interés público supone un menoscabo, lesión, daño o perjuicio en bienes jurídicos. Hay que tener claro que por consecuencias del hecho hay que entender todos sus efectos en la realidad social, siempre que no sean atípicos y se puedan reconducir al hecho. Por ende, es necesario analizar en el hecho materia de examen los siguientes aspectos:

- i. Que no haya producido consecuencias.

⁵⁶³ HK-KREHL, StPO §153 nm. 9, KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 27.

⁵⁶⁴ MEYER-GÖBNER, StPO §153 nm. 8, véase también: AK-SCHÖCH, StPO §153 nm. 21; PFEIFFER, StPO §153 nm. 3; en actitud de rechazo, véase: LR-BEULKE, StPO §153 nm. 33; KK-SCHOREIT, StPO §153 nm. 27. Por ejemplo, en el caso de una disposición sobre una decisión judicial, que contiene motivos jurídicos puros, como sería el caso de la validez de una prescripción.

⁵⁶⁵ ZIPF, *Strafprozessrecht*, p. 80.

- ii. Si el hecho produjo consecuencias, que estas sean insignificantes: es decir, aquellas que no hayan producido perturbaciones sociales que deban tenerse en cuenta. Por ejemplo, en los delitos contra la propiedad dependerá del valor de la cosa o de los daños causados. En el evento de que su valor o los daños ocasionados sean mínimos, deberán tenerse en cuenta adicionalmente las consecuencias⁵⁶⁶. Por su parte, en caso de lesiones se entenderán como insignificantes las consecuencias, cuando la lesión de la salud o la incapacidad para trabajar no superen un límite mínimo, por ejemplo, de tres días, que debe ser establecido dependiendo de cada comunidad y sus particularidades. Adicionalmente, otros factores como el consentimiento y la culpa concurrente de la víctima ayudan a considerar las consecuencias como insignificantes⁵⁶⁷.
- iii. Y, adicionalmente, que dichas consecuencias hayan sido en lo fundamental eliminadas, compensadas o reparadas y el autor se haya esforzado seriamente en ello. Las consecuencias se eliminan cuando las cosas vuelven a su estado anterior y reparadas cuando se le puede compensar a la víctima con una suma de dinero por los daños materiales causados. En el caso de que lo anterior no sea posible, sería posible llegar a una compensación de las consecuencias, mediante el pago de una suma de dinero⁵⁶⁸. Por último, la exigencia de que el autor se haya esforzado seriamente no debe ser interpretada en el sentido de que se pida un esfuerzo que exceda lo normal⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Hay supuestos en los que, a pesar del valor insignificante de la cosa, el hecho trae consigo consecuencias significantes, por ejemplo, para el medio ambiente.

⁵⁶⁷ En todo caso es posible que la reparación a tiempo por parte del autor del hecho haga que incluso consecuencias considerables puedan ser tenidas como insignificantes.

⁵⁶⁸ BACHNER-FOREGGER, *Strafgesetzbuch*, §42, nm. 17.

⁵⁶⁹ BACHNER-FOREGGER, *Strafgesetzbuch*, §42, nm. 18.

En la legislación alemana se referían en un primer momento a que los daños causados por el hecho fueran ínfimos pero fue necesario modificarlo a que las consecuencias del hecho fueran insignificantes, ya que en la práctica se generaba una dificultad en la delimitación, ya que con esa redacción se limitaba el ámbito de aplicación a delitos contra la propiedad, pero podría llegar a consumarse un delito en el cual se vulneraran otros bienes jurídicos, por lo que era necesario ampliarlo. Por lo tanto, como consecuencias ínfimas en el ámbito del principio de oportunidad, pasan a ser considerados no solo los daños a la propiedad, sino todo tipo de daños, incluidos los corporales e, incluso, hay autores, como Siegmund y Wickern, que admiten los daños ideales y la dimensión del peligro tanto en los delitos de peligro como en la tentativa⁵⁷⁰. Para estos autores, si en los delitos de peligro abstracto la ausencia del peligro puede actuar como causa de disminución de la pena, también en el ámbito del principio de oportunidad, esta circunstancia, dado el caso, puede llevar a la apreciación del requisito de “consecuencias insignificantes”. Por el contrario, Meyer-Gossner sostiene que en los delitos de peligro abstracto, así como aquellos hechos que se quedan en tentativa, es muy difícil que se dé este requisito⁵⁷¹.

Pero, adicionalmente, en ambos niveles será de la mayor importancia detenerse a analizar la magnitud de las consecuencias del hecho. Ello dado que se podría llegar a medir la necesidad penal por el volumen de las consecuencias del hecho, las cuales, en caso de ser mínimas, serían un indicio fuerte para proceder al archivo, y en caso de ser considerables, serían un indicio para proceder a interponer la acción pública. De hecho, ordenamientos procesales penales como el

⁵⁷⁰ SIEGISMUND/WICKERN, en *Wistra* 1993, p. 84.

⁵⁷¹ MEYER-GOSSNER, StPO §153 StPO, nm. 17.

suizo establecen ese criterio junto con la culpabilidad mínima como los criterios base para el archivo del proceso⁵⁷².

Este elemento ayuda a delimitar casos susceptibles de la aplicación de la oportunidad. La razón es clara, ya que en casos en los que se produce una mínima afectación a los bienes jurídicos penalmente tutelados, es posible establecer que puede decaer un interés público en su persecución y esclarecimiento dándole al fiscal la posibilidad de optar por el archivo.

2.4 Aspectos procesales

De otro lado, un interés público se puede negar si el hecho se ha castigado ya disciplinariamente o si existe un retraso completamente inadecuado del procedimiento⁵⁷³. Igualmente, por el transcurso del tiempo entre el hecho y el descubrimiento se puede reducir el interés público⁵⁷⁴.

III. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

1. TAREAS POR PARTE DEL FISCAL

La persecución e interposición de la acción pública obligatoria continuaría aplicándose para los delitos graves, a partir de la cual se presentaría un caso ante los tribunales con fuertes elementos probatorios y evidencia física⁵⁷⁵.

⁵⁷² Artículo 8 1 StPO Suiza y Artículo 52 StGB Suiza, que establecen que la Fiscalía y los tribunales podrán renunciar al proceso si se puede establecer que la culpabilidad y las consecuencias del hecho son insignificantes.

⁵⁷³ MEYER-GÖBNER, StPO §153 nm. 8; ROXIN/ SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, §16 nm. 6.

⁵⁷⁴ BGH NStZ 1997, 543.

⁵⁷⁵ JESCHECK/WEIGEND, AT, §35, nm.116; ARZT, AT, §49, nm. 20.

El ministerio público, gracias a la introducción del principio de oportunidad, ha sido autorizado legislativamente para no ejercer la acción penal en aquellos casos en donde concurren los conceptos arriba expuestos. Ello tiene, entre otras, una finalidad de economía procesal, de evitar el costoso trabajo de persecución penal en aquellos casos en que se puede renunciar a ello sin daño para lo que es propio de un Estado de derecho⁵⁷⁶. Esto, por supuesto, constituye una admisión de que situaciones similares de no persecución continúan ocurriendo en las sombras del derecho sustantivo penal. Pero la diferencia es que con la aplicación del principio de oportunidad, estos casos están amparados legislativamente, son adecuados político-criminalmente y en la práctica, para su aplicación, el fiscal tiene que justificar por qué la excepción a perseguir.

La idea es que, teniendo en cuenta que no existe una separación rigurosa entre “interés público” y “culpabilidad mínima”, sea posible establecer una metodología para analizar los casos que pasan al conocimiento del fiscal.

De esta manera, siempre se empezará por analizar en el caso concreto, el concepto jurídico indeterminado de la *culpabilidad mínima* y, por ende, este servirá como límite superior para el archivo sin que pueda llegar a violarse ese límite ni siquiera por consideraciones de prevención⁵⁷⁷. Luego de este se pasará a establecer si las circunstancias de ese hecho hacen que exista un interés público en su persecución.

Como ya se tuvo la oportunidad de ver, para analizar en cualquier caso estos conceptos es necesario analizar las circunstancias que

⁵⁷⁶ Aunque para algunos esta limitación de la búsqueda de la verdad a través de una completa investigación, por razones de economía procesal y disminución de costos, es un descuido. Ahora bien, sobre la culpabilidad mínima, dado que la realización de un promedio en la infracción del hecho específico es igualmente difícil de determinar, se acepta cuando se habla de una supresión antisocial insignificante del comportamiento del autor “wo nur eine geringfügige unsoziale Einstellung des Täters aus seinem Verhalten spricht” (SCHMIDT, *Lehrkommentar*, T.II, §153 nm. 4).

⁵⁷⁷ Para la relación de culpabilidad y de prevención, véase: LACKNER/KÜHL, *StGB* §46 nm. 2; LR-BEULKE, *StPO* §153 nm. 21, 28.

rodean el hecho, las que tienen que ver con su presunto autor, las circunstancias específicas de la víctima y los intereses del Estado y de la comunidad. Estas características para el análisis del archivo formuladas por Weigend⁵⁷⁸ se planteaban en un escenario un poco distinto, ya que para este autor, los conceptos *culpabilidad mínima* y *falta de interés público* con su indeterminación propia no le parecían adecuados, por lo cual, planteaba como necesario, la utilización de los factores mencionados para favorecer y para oponerse a la persecución, todo ello enmarcado en la teoría de la igualdad de tratamiento y ampliando el campo de la discrecionalidad⁵⁷⁹.

Sin embargo, en este trabajo se considera que precisamente esa indeterminación, unida con los elementos para llenar de contenido estos conceptos, enriquecen la aplicación del principio de oportunidad, ya que permiten su modulación y adaptación no solo en el tiempo sino en diversas legislaciones. Por ende, se tendrán en cuenta dichos factores, ya que son adecuados para determinar en cada caso la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad dentro de los niveles de culpabilidad mínima, en primer término, y falta de interés público, en segundo término⁵⁸⁰.

Así las cosas, cuando llegue al sistema un hecho con características de ser considerado como delito, siempre debe ser conocido por el ministerio público, el cual deberá determinar el procedimiento que debe darse a cada caso. Una primera diferenciación que debe hacer este ente está relacionada con la gravedad de los delitos. Ello, teniendo

⁵⁷⁸ WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 170 y ss., 178 y ss., 190 y ss.

⁵⁷⁹ Análogamente, con circunstancias agravantes y atenuantes para esquemas de penas. De esta forma, a cada factor se le asigna un mismo peso, de suerte que la mera preponderancia numérica de un tipo de factores apuntaría a una decisión de acusación o de archivo. En caso de un empate, se daría el beneficio de la duda y se excusaría de la persecución. Y, en todo caso, la amplitud propuesta quedaría compensada con la posibilidad de discrepancia judicial.

⁵⁸⁰ A pesar de no haber explicado la falta de interés público utilizando esas características, es claro que al referirnos a las consideraciones de prevención especial, general, consecuencias del hecho y procesales, van inmersas dichas características como fácilmente se puede ver.

presente que previamente se debe poder determinar qué son hechos probablemente delictivos. Hecha esta aclaración, la diferencia sería entre delitos menores, delitos menos graves y delitos graves. La idea es que, cuanto más grave sea el hecho investigado, mayor será la participación del fiscal en la investigación. Si bien es cierto que debe tener conocimiento y más que eso, acceso⁵⁸¹ a todos los procesos que entran en el sistema penal, en aquellos menores debe darle instrucciones generales a la policía, de manera que sea posible dejarle una mayor autonomía en la investigación de dichos casos, pero siempre bajo la responsabilidad y el control legal que garantiza el ministerio público.

Ahora bien, en relación con el estudio que debe realizar cada fiscal de las distintas investigaciones entregadas por la policía sobre un hecho concreto con apariencia de delictivo, se pasaría por dos niveles: el de la culpabilidad mínima, donde se analizarían las circunstancias que rodean el hecho, a la víctima, los intereses del Estado y de la comunidad y, finalmente, los del autor. Una vez se tenga este análisis, se enriquecerá el análisis de la culpabilidad mínima mediante la comparación con casos similares y, finalmente, si es del caso, se estudiarán los temas procesales del hecho materia de investigación. Si luego de este análisis, las circunstancias dan para considerar que estamos ante un hecho con culpabilidad mínima, es posible avanzar en un segundo nivel, el de la falta de interés público, donde se analizarían las consideraciones de prevención especial, las de prevención general y las consecuencias del hecho, y, del mismo modo, si es relevante, los temas procesales.

Realizado dicho estudio se podrá estar en la posibilidad de determinar si es viable la aplicación del principio de oportunidad.

⁵⁸¹ Es decir, que el ministerio público podría tomar en todo momento todas las medidas de investigación o dar instrucciones en lo que se refiere a su desarrollo. Y debe asegurarse, en todo momento, la entrega de informes donde se detalle todo lo relevante sobre el procedimiento.

2. DIRECTRICES A LOS FISCALES

Junto al supuesto de aplicación del principio de oportunidad deben establecerse directrices tanto del ministerio de justicia, en aquellos países en los que el ministerio público pertenece al ejecutivo, como del fiscal general en cuanto al contenido y formas en que la persecución puede ser morigerada por los fiscales y para aquellos casos en que la persecución no será la regla, aunque, claro está, con la debida motivación. Con ello se pretende reforzar una descriminalización procesal con el fin de descargar a los tribunales y, además, tiene como objetivo una consistencia en la política criminal del procesamiento.

En Alemania, por ejemplo, existen las directrices de las autoridades del Ministerio de Justicia de todos los estados que han propuesto un código de reglas uniformes para el proceso penal⁵⁸². Las directrices (externas, entre ministerio y fiscal general, e internas, de cada fiscal general para el resto de sus fiscales) también se circunscriben y vinculan en el ámbito que corresponda⁵⁸³.

La *directrix* puede ser definida como una codificación de una regla específica definida, la cual debe ser observada por los miembros del ministerio público cuando realicen actuaciones dentro del marco legal bajo un orden interno organizacional.

2.1 *Directrix interna*

Las directrices internas son consecuencia lógica de los principios de unidad y dependencia jerárquica⁵⁸⁴ que informan al ministerio público⁵⁸⁵, por lo que, en principio, están los fiscales obligados a

⁵⁸² Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV).

⁵⁸³ KELKER, en *ZStW* (2006), p. 397; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 59.

⁵⁸⁴ Por ejemplo, en Alemania el §146 GVG establece que “los funcionarios del ministerio público acatarán las órdenes de sus superior que se refieran al servicio”.

⁵⁸⁵ Y claro está del hecho de la responsabilidad parlamentaria del ejecutivo, en la medida en que la persecución penal forma parte de las atribuciones del Gobierno en aquellos países en los que el ministerio público hace parte del primero.

seguirlas. Ello garantiza un tratamiento uniforme, racional y coherente de los procesos. Y tales directivas, como la propia actividad del ministerio público, encuentran su límite en el sometimiento a la legalidad, de manera que cualquier directriz que se aparte de esta no debería ser seguida por el fiscal correspondiente. Por ende, es necesario que dicha directriz conste por escrito, lo que garantizaría un sistema transparente y dirigido. En todo caso, quien formule una directriz es responsable de esta y de su legitimidad. En casos excepcionales, para evitar retrasos injustificados en un procedimiento, sería posible que una directriz fuera oral, pero debería ser confirmada lo más pronto posible por escrito.

En cuanto a la normal diferencia de pareceres que puede llegar a existir entre el fiscal general y sus auxiliares, se permite al fiscal general del ministerio público emplear un derecho de sustitución o devolución, ya que no es posible exigir de un fiscal auxiliar una actuación concreta en contra de su conciencia y convicción jurídica⁵⁸⁶.

2.2 *Directriz externa*

Las directrices externas provenientes del ministro de justicia tienen su campo de acción en dos cuestiones diferentes. Aquellas a las que resulta aplicable el principio de oportunidad, y las relativas a cuándo y cómo deben establecerse los aspectos técnico-fácticos de la persecución penal.

2.3 *Reflexiones sobre las directrices*

Satzger propone un tratamiento diferente del derecho de instrucción interno y externo, limitándolo, sin embargo, a instrucciones generales. Dado que la fiscalía tomaba de forma múltiple decisiones políticas en diversos casos, ello generaba el problema de

⁵⁸⁶ KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 55; BEULKE, *Strafprozessrecht*, p. 58. De forma crítica, véase: GUNTER, *DRiZ* 2002, p. 55.

que se veía cómo las instrucciones particulares también ejercían una transformación en la política criminal de manera especial. Por qué debería ser dictada esta por un fiscal general no legitimado democráticamente en vez de un parlamento responsable, no era comprensible. Por ende, más que suprimir las instrucciones externas, lo que se debía hacer es limitar aquellas instrucciones sueltas.

Se considera que al ser un tema de política criminal, resulta lógico aplicar las directivas generales de quienes deben responder por dicha política, que no es otro que el fiscal general. Del mismo modo, en el caso de determinar o esclarecer criterios de persecución penal, siempre en los límites de la legalidad procesal, determinados aspectos serán establecidos en el ámbito de medidas generales y finalidades prioritarias de las autoridades competentes.

Finalmente, hay que decir que el Ministerio de Justicia es capaz de regular el principio de oportunidad mediante reglas específicas que establezcan una interpretación determinada producto de los avances de la misma política criminal. Estas reglas podrían modular lo que para ese momento específico en esa sociedad particular puede llegar a considerarse como culpabilidad mínima y falta de interés público, de la mano de los desarrollos del derecho penal material.

Dado que el principio de oportunidad sirve hoy sobre todo para la descarga de trabajo de la justicia penal, no se considera como deseable una determinación exacta de los criterios que serán subsumidos en las prescripciones, pues ello no comportaría una disminución significativa en el trabajo de los encargados de la persecución. Adicionalmente, el afán exclusivamente legalista no serviría, porque no se pueden prever todos los casos posibles, y la opinión sobre la selección en la persecución implica de suyo una de las funciones que se debe desarrollar dentro de la política criminal del Gobierno.

Por ende, especificaciones relativas a la aplicación del principio de oportunidad, con la debida precisión, deben ser establecidas en

directrices⁵⁸⁷ y no en la legislación de los países, ya que lo valioso de los conceptos jurídicos indeterminados es precisamente ello, pues le permiten al Gobierno establecer una política criminal determinada acorde con la situación específica del sistema legal. Lo contrario, es decir, que fueran establecidas en el nivel legislativo, acabaría con su carácter abarcante.

De esta forma, se puede contar con directrices con especificaciones flexibles, que puedan ser actualizadas dependiendo de la práctica de los casos diarios. Sin embargo, el esquema no es rígido y mecánico, ya que las directrices sugieren qué decisiones deberían ser tomadas en un caso normal, pero la decisión final deberá ser suficientemente fundamentada por el fiscal.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Lo relevante de esta propuesta es que entendido así el principio de oportunidad, se reafirman los argumentos de su creación en Alemania, relativos a la descarga que se realiza mediante el exclusivo estudio del ministerio público.

En efecto, el entenderlo como la conjunción de estos dos conceptos jurídicos indeterminados permite que se pueda entender fácilmente su estructura y que pueda servir como una verdadera herramienta para solventar en alguna medida la carga de los sistemas penales.

La decisión de negar el interés público en una persecución penal junto con la insignificancia de la culpabilidad puede tomarse cuando el estado de las diligencias posibilite la prognosis de que aun profundizando en lo posible los esfuerzos investigadores no se llegará

⁵⁸⁷ ERB, *Legalität und Opportunität*, pp. 215, 218; HERTWIG, *Die Einstellung*, p. 272; SCHROEDER, en *FS für Peters*, p. 418; WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, pp. 171, 172.

nunca a constatar una responsabilidad penal que amerite la interposición de la acción penal.

El principio de oportunidad así concebido tendría las características que sucintamente, sin perjuicio de posteriores ampliaciones cuando corresponda, se presentan a continuación:

1. EL OBJETO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El objeto es la disposición del ejercicio de la acción penal o, más ampliamente, la posibilidad de que un hecho entre dentro del sistema penal o no. Más allá del estadio de atribución de responsabilidad, debe dejar de considerarse como ámbito donde actúa el principio de oportunidad, como ya se ha tenido oportunidad de exponer. Existen dentro del sistema penal un abanico amplio de posibilidades de diversificación de la respuesta penal que, con bastante facilidad, suelen considerarse como manifestaciones del principio de oportunidad. Entre estas manifestaciones sobresalen las relacionadas con la justicia negociada o las conformidades, acuerdos y, en general, todas aquellas situaciones en las cuales, a diferencia de la oportunidad, se avanza al estadio de la culpabilidad por el hecho, solo que el procedimiento es acelerado y, como consecuencia de ello, las imposiciones de pena son, en distinta medida, morigeradas.

De ahí la necesidad de limitar precisamente qué debe entenderse por *principio de oportunidad*. De esta manera, el resto de respuestas del sistema penal serían reconducidas al amplio espectro de la discrecionalidad. Entendido el principio de oportunidad de esta forma limitada, se hace rigor a la utilización de *oportunidad* según su significado⁵⁸⁸, esto es, como conveniente en tiempo y en lugar, para marcar la diferencia con el *oportunismo*, que es con el que se le suele

⁵⁸⁸ Del latín *opportunitas, -ātis*. *Oportuno* del latín *opportūnus*. El adjetivo era en el siglo XVII-XVIII equivalente al latino del que se tomó *oportunus*. Es una formación del latín *si* “en-allí” y el latín *portus* “puerto” y significaba según esto originalmente “en el puerto demasiado (flotando y por eso favorable del viento)”. *Diccionario de la lengua española*, 23a edición.

confundir, que hace referencia al “aprovechar al máximo las circunstancias para obtener el mayor beneficio posible, sin tener en cuenta principios ni convicciones”⁵⁸⁹.

El ministerio público actuará por la conveniencia del sistema, dentro de la política criminal del Gobierno y buscando no perjudicar ni a la víctima ni al investigado. Ello se materializa al no perseguir determinados hechos, siempre y cuando actúe amparado en el marco que lo condiciona.

Adicional a lo anterior, es necesario que existan pruebas sobre la existencia del hecho que probablemente reviste las características de delictivo, así como sobre la participación del investigado en este. Por ende, se requiere, como ya se ha reiterado a lo largo de este trabajo, una investigación sumaria llevada por la policía judicial bajo el mando y control del ministerio público, para tener elementos suficientes de convicción para aplicar el principio de oportunidad.

Una cosa que debe tenerse en cuenta es que en caso de un concurso ideal o de leyes entre un ilícito administrativo y uno penal, el fiscal puede decretar el archivo del hecho penal y remitir el ilícito administrativo a las autoridades competentes para que lleven a cabo su persecución.

2. LEGITIMADOS PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El ministerio público es el único legitimado para aplicar el principio de oportunidad. Cuando quiera que el hecho delictivo pase a manos de los tribunales y se esté frente a un caso donde es factible la aplicación del principio de oportunidad, el hecho se enjuiciará como cualquier caso llevado ante los tribunales, sin perjuicio de las explicaciones y responsabilidades del fiscal a que haya lugar. La principal dificultad es aceptar que esta facultad le sea dada únicamente al ministerio público.

⁵⁸⁹ Diccionario de la lengua española, 23a edición.

Pero según la posición defendida en este trabajo, al ser el principio de oportunidad una institución establecida para el ministerio público, que busca evitar la realización del procedimiento principal durante la etapa de investigación, mal se podría decir que un fenómeno de similares características pero en otra etapa del proceso y a cargo de otra autoridad pueda ser catalogado como *principio de oportunidad*.

3. NO REQUIERE APROBACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL

La idea del principio de oportunidad es aportar a la descarga del sistema penal y a la consecuente posibilidad de que los jueces tengan tiempo suficiente para dedicarse a delitos graves de alto impacto. Condicionar la aplicación del principio de oportunidad a una aprobación del tribunal supone que la anhelada descarga no se materialice, ya que los tribunales tendrán en todo caso que conocer, aunque claro está, sin las características de un juicio, aquellos hechos susceptibles de su aplicación, y para aprobarla tendrán mínimamente que estudiar las características de este, así se diga que el ministerio público va a llevar toda la información necesaria para que el juez opte por la decisión solicitada, esto es la aprobación del archivo por aplicación del principio de oportunidad.

Si se estableciera la aprobación de cada juez, este se vería limitado, aún más, en cuanto a la cantidad de procesos que puede conocer. Teniendo en cuenta que la capacidad de un juez para atender con eficiencia un proceso es limitada, sin soluciones alternativas, la mayor parte de los procesos penales violarían el derecho a un proceso en un plazo razonable, e incluso muchos de estos no podrían tener otro final que la prescripción.

Existiría la posibilidad de crear nuevos tribunales para que se encarguen de este tipo de aprobaciones, algo que iría en total contravía del espíritu con el que se creó el principio de oportunidad; además de que sería económicamente inviable, generaría un sistema

enormemente más caro e ineficiente, y perpetuaría el problema, tal como ya se señaló en el capítulo III.

Es necesario que el sistema penal confíe en la capacidad de los fiscales del ministerio público para la aplicación del principio de oportunidad sin ulterior aprobación de un tribunal. Si se le ha dado la potestad para ejercer la acción penal, para acusar a las personas que, con el material probatorio recaudado, considere responsables de delitos; si le es dada la facultad de solicitar condenas, es posible que le sea dada la facultad de archivar un proceso si considera que concurren los elementos del principio de oportunidad. Ello implica un sistema de formación y de capacitación del ministerio público, para que los fiscales sean gente idónea para las labores encomendadas, y ello sea garantía para la sociedad. En todo caso, los fiscales son responsables de sus decisiones y las toman con base en las directrices que desarrolla la cúpula del ministerio público con base en las consideraciones de política criminal del momento. Dentro del ministerio público existen directrices internas, la posibilidad de conferencias para discutir casos en busca de soluciones uniformes y controles por parte de los superiores. Un fiscal dentro de una estructura como la del ministerio público, siempre tenderá a encontrar soluciones correctas en términos de estándares profesionales, ya que de ello dependerá su estabilidad y posibilidades de ascenso. De hecho, aún si no existieran mecanismos jerárquicos que garanticen uniformidad en las consideraciones para los archivos y para las acusaciones, una medida de uniformidad surgiría del espíritu del profesionalismo⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Se toma como recurso la distinción de Weber, quien no mira el reinado de reglas asociado con la burocracia alemana como una exclusiva técnica de discrecionalidad “racionalizada”, sino que prevé la posibilidad de supervisar la discrecionalidad en términos de calcular la utilidad de elecciones alternativas. Véase: WEBER, *Economy and Society*, pp. 976-979.

4. EXISTENCIA DE UN SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO

Adicionalmente, es de vital importancia la existencia de un sistema nacional de registro donde se consignen aquellas decisiones de no persecución, con el fin de tener clara la situación de los individuos que finalmente no llegaron a entrar al sistema. De esta forma, se tendrá una base adecuada que sirva de soporte cuando quiera que esa misma persona realice alguna conducta que revista la características de delito.

La idea de este sistema nacional de registro, además, es generar de alguna manera una suerte de efectos de prevención general en estos casos. Con este sistema se consigna el hecho y al autor, con el fin de establecer las bases para una futura investigación cuando el sujeto cometa injustos penales, y, al mismo tiempo, se muestra a la sociedad que esa oportunidad que da el sistema al infractor menor no es una patente de corso, pues la actividad quedó registrada para que en una próxima oportunidad el sistema actué de modo diferenciado⁵⁹¹. Ello junto con un sistema completo de estadísticas que responda a una política de legislación penal.

5. EL ARCHIVO NO HACE TRÁNSITO A COSA JUZGADA

En caso del archivo por aplicación del principio de oportunidad falta todo efecto de cosa juzgada, lo que permitirá la reapertura del proceso si se tiene conocimiento de hechos importantes a tal efecto o aparecen nuevos elementos de prueba. El proceso podría ser reabierto en todo momento por el ministerio público y permanecería archivado durante el tiempo de la pena que habría que imponer por el delito. Luego de hecho surtirían los mismos efectos de la extinción de la sanción penal por prescripción de la pena.

⁵⁹¹ Sin embargo, hay que ser muy cuidadosos, ya que el almacenamiento de los datos vulneraría el derecho a la autodeterminación informativa de cada uno de los procesados inocentes.

6. EXISTENCIA DE ALTERNATIVAS AL ARCHIVO

Junto con ello es necesario, tal como lo propone Satzger, la regulación de un procedimiento a solicitud tanto de la víctima como del investigado, así como un control estructurado de forma adicional.

En cuanto a la víctima es la posibilidad, como ya se regula en muchas legislaciones⁵⁹², de optar por el cambio de la acción pública a la privada para que ella misma se encargue del proceso. Ello, una vez se le haya explicado con claridad el porqué de la decisión de archivo en aplicación del principio de oportunidad, ya que muchas veces su insistencia radica en que no alcanza a comprender por qué el ministerio público no quiere interponer la acción penal correspondiente y continuar con el proceso⁵⁹³.

En cuanto al investigado, la posibilidad de un recurso de control ante la arbitrariedad, ante la negativa de un archivo del procedimiento en caso en que se den los presupuestos establecidos en las directrices que llenen los conceptos jurídicos indeterminados. Ello redundaría en una mayor descarga jurídica junto con la protección de los derechos de toda persona involucrada en una investigación penal. Lo anterior, teniendo en cuenta que a partir de cierto momento se ha sobrepasado el umbral de las cargas que tiene que aceptar un investigado por motivos de la eficiencia del procesamiento penal sin poder defenderse, empezando por la vulneración a su derecho fundamental a la realización de una investigación dentro del plazo razonable. Un posible límite para la realización de dicho procedimiento puede ser, por ejemplo, de un año a partir de que el fiscal tenga conocimiento del

⁵⁹² Véase los capítulos I y III.

⁵⁹³ SCHUTH, *Die Einstellung*, pp. 120 y ss.; KLEINKNECHT, StPO §153a nm. 38. Se ha considerado por parte de la doctrina que se dé la posibilidad de que se exija en el procedimiento de aplicación del principio de oportunidad el consentimiento de la víctima o se le dé el derecho a impugnar el acuerdo; sin embargo, en el presente trabajo no se considera esta posibilidad, ya que el cambiar la acción de pública a privada, si las explicaciones del fiscal no son suficientes para la víctima, sería una medida más ajustada para que la víctima adelante las investigaciones del caso.

hecho materia de investigación, con lo cual se habría dado un plazo para el desarrollo de investigaciones sobre el hecho con apariencia de delito, y es objetivamente determinable. Luego de ello sería viable un procedimiento de obligación de archivo.

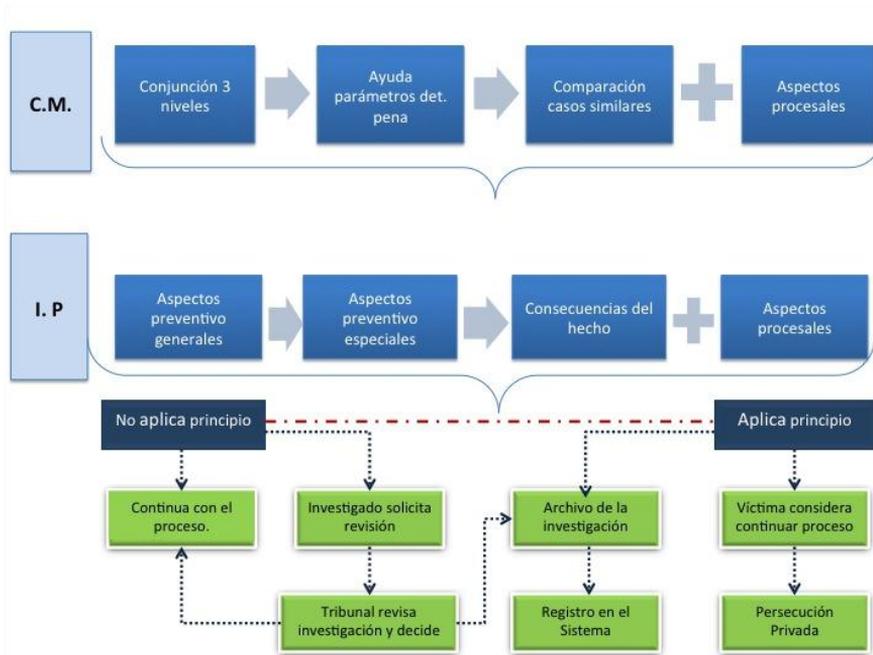
Este procedimiento sería sumario y se desarrollaría en una audiencia en la que el tribunal podría analizar si existe una sospecha relevante, o si, en caso de no existir, la realización de mayores investigaciones no prometería aclaración de la situación y la consiguiente justificación de la ampliación del procedimiento. Todo ello teniendo en cuenta la libertad de movimiento de apreciación del ministerio público.

Y, en aquellos casos en los cuales falte una víctima conocida, sería posible un control aleatorio y rutinario, por una sala especial de revisión de la fiscalía creada para ello, a partir de ciertas consideraciones. Con ello se generaría, por un lado, un control ante decisiones de archivo arbitrarias y, por otro, se aumentaría la transparencia y credibilidad de la figura.

Finalmente, dado que existe un problema de congestión, se debe primero hacer una labor educadora de concientización sobre la necesidad de un proceso. Es decir, dado que es indispensable para un correcto funcionamiento del sistema penal restringir el número de procesos que se trabajan, es clave dejar claros los motivos por los cuales se da esta situación, con el fin de evitar una variación que exceda el número de procesos que soporta el sistema. Asimismo, teniendo presente que se deben crear vías dentro del proceso penal para mantener esos niveles, diferenciando, bajo control, las conductas graves de las leves. Esto supone dotar al sistema de mecanismos idóneos para blindar las actividades de los operadores —policía y ministerio público— en las primeras partes del proceso penal y, asimismo, generar un control estricto de la disposición en la selección de los procesos que serán de su conocimiento y los que saldrán de su órbita.

De esta manera, podríamos esquematizar la aplicación del principio de oportunidad propuesta según la figura 2.

Figura 2. Aplicación del principio de oportunidad



Fuente: elaboración propia.

V. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS PAÍSES HISPANOAMERICANOS, EN ESPAÑA Y EN ALEMANIA

Según la clasificación de Roxin y Schünemann ya expuesta, son cuatro las categorías en las que pueden catalogarse los supuestos de aplicación del principio de oportunidad. Adicionalmente, como se tuvo oportunidad de ver en el capítulo I, los países hispanoamericanos, así como la propuesta de texto española, establecieron los supuestos basándose en la legislación alemana.

En esta parte vamos a acoplar los supuestos de los países hispanoamericanos y de la propuesta española a la clasificación propuesta por Roxin y Schünemann, para luego proceder a analizarlos

bajo los supuestos de nuestra definición de *principio de oportunidad* y sus elementos.

En el primer grupo, relativo a casos de insignificancia, y en el tercer grupo, relativo a la existencia de intereses prioritarios a la persecución penal, se encuentran los supuestos de aplicación del principio de oportunidad de los países hispanoamericanos, así como la propuesta de texto española.

1. CASOS DE INSIGNIFICANCIA

Los casos de insignificancia comprenden los casos de insignificancia absoluta, los casos de insignificancia relativa y los casos que tienen puntos de contacto con el extranjero.

Dicho supuesto, previsto en la mayoría de países, integra los conceptos jurídicos indeterminados que considero conforman el principio de oportunidad. En efecto, en la mayoría de las legislaciones se establece la culpabilidad mínima y la falta de interés público como elementos para estudiar la posibilidad de optar por el archivo del procedimiento.

Algunas legislaciones establecen como condición para su aplicación, la reparación del daño o el acuerdo con la víctima que podría llegar a ser deseable, y de hecho, se tiene en cuenta como una característica para ver tanto la culpabilidad mínima como la falta de interés público, pero esto no debería ser establecido legislativamente.

Los casos de varios hechos independientes o de varias partes separables de un hecho o varias lesiones a la ley a través del mismo hecho, referente a la insignificancia relativa, pueden sin ningún problema diluirse en el supuesto principal, de suerte que en el desarrollo de las directrices más que en la estipulación legislativa, se desarrollen esas particularidades para proceder al archivo.

En este tipo de casos se busca evitar los atrasos en los procedimientos complejos, limitar su duración y una concentración en

la parte relevante de los hechos materia de investigación⁵⁹⁴. Por ende, se eliminan los hechos o las partes de estos por su baja importancia en relación con el núcleo duro del hecho investigado, donde un fiscal reconoce que el cargo que está siendo entablado o la pena que probablemente resulte es irrelevante o insignificante en comparación con otros cargos que sean entablados o penas por imponer, debe necesariamente entonces descartar los cargos. A este respecto, el fiscal debe buscar que el tiempo no solo de él sino del tribunal sea usado eficientemente. Son eliminaciones por consideraciones procesales.

Y en aquellos que tienen puntos de contacto con el extranjero se presentan dos situaciones, a saber:

- i. En caso de que sea extradición por el mismo delito, se presenta exclusivamente una falta de interés público relacionada con la aplicación del derecho penal en el espacio y el principio de territorialidad⁵⁹⁵, donde no es necesaria la realización de un proceso y, por ende, por motivos de economía procesal. Sin embargo, sí existe culpabilidad, y prueba de ello es la condena en otro país. Además, en la mayoría de los ordenamientos, para que sea susceptible la extradición, es necesario que el delito y la consecuente condena revistan cierta gravedad. Por ende, en este tipo de situaciones susceptibles de extradición no nos encontramos ante supuestos susceptibles de aplicación del principio de oportunidad al no poder considerarse la culpabilidad como mínima.
- ii. En caso de que sea por otros delitos, si la sanción carece de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, se archiva el proceso por cuanto se presentan hechos en los cuales se debe poder apreciar una culpabilidad mínima, la cual, sin duda, se relacionará adicionalmente con el delito

⁵⁹⁴ ROXIN/SCHUNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, §14 II.

⁵⁹⁵ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 62.

por el cual se extradita, junto con la ausencia de interés público que va de la mano con el consecuente interés público en su política exterior y en las relaciones diplomáticas con gobiernos extranjeros. Por ende, este caso fácilmente puede reconducirse a nuestra definición sin necesidad de incluir elementos adicionales relativos a la extradición.

En cuanto a las características sería necesario modificar la necesidad de aprobación del tribunal como ya se tuvo la oportunidad de explicar arriba, así como establecer el sistema nacional de registro.

2. INTERESES PRIORITARIOS A LA PERSECUCIÓN PENAL

Los casos en los cuales existen intereses prioritarios a la persecución penal y, por ende, un interés disminuido en la persecución, comprenden los casos de cuestiones prejudiciales y los casos denominados de *testigos de la corona*, y en aquellos en los que se colabora para que no se siga cometiendo el delito.

En el primer grupo, relativo a las cuestiones prejudiciales, se busca generar seguridad jurídica al evitar decisiones judiciales contradictorias. No considero que sea una aplicación del principio de oportunidad, ya que lo pretendido es simplemente evitar contradicción en las decisiones en distintas jurisdicciones, por lo que se suspende el procedimiento penal hasta tanto no salga una sentencia en la otra jurisdicción. Es simplemente una medida de coherencia procesal y no tiene, en consecuencia, el objetivo por el cual se desarrolló y se debe aplicar el principio de oportunidad.

En el segundo grupo, sin duda, no existe una culpabilidad mínima, dado que se relaciona con delitos con una estructura delictiva; si se presume que la colaboración es valiosa, significa que el investigado tiene conocimiento del aparato delictivo y, por ende, está más

involucrado en este con la consabida mayor responsabilidad, la cual, por más que sirva para el probable desmante de las estructuras delictivas y el cese de sus consecuencias, no le quita el reproche por su actuar. Adicionalmente, existe tal interés público en la persecución, que se busca la colaboración del investigado, lo que implica mayores comprobaciones posteriores, que incluyen necesariamente la participación del tribunal. Y con estas consideraciones, la posibilidad de dejar de aplicar una pena a una persona implicaría concederle el poder a un fiscal respecto a la decisión sobre imposición de penas, tarea primordial y exclusiva de los tribunales. Por todo lo anterior, no es posible que sea susceptible de aplicar un archivo en estos casos en virtud del principio de oportunidad.

VI. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El hecho de la existencia de estos variados supuestos de aplicación del principio de oportunidad en las legislaciones que finalmente no cumplen con los elementos que lo constituyen no significa otra cosa que un caso de metonimia⁵⁹⁶, según la cual, respuestas diferenciadas del sistema penal se denominan *principio de oportunidad*, confundiendo el todo por la parte. Por ende, para tener claro que estamos frente a una situación susceptible del principio de oportunidad, es necesario realizar el examen aquí propuesto y empezar a considerar aquello que no cumple con los elementos y las características del principio de oportunidad como otra manifestación del sistema penal.

A propósito de ello, existe una corriente difundida en la literatura que no ve la solución a los problemas del sistema penal en el derecho

⁵⁹⁶ Del lat. *metonymia*, y este del gr. *μετωνυμία*). Tropo que consiste en designar algo con el nombre de otra cosa tomando el efecto por la causa o viceversa, el autor por sus obras, el signo por la cosa significada, etcétera; por ejemplo, las canas por la vejez; leer a Virgilio, por leer las obras de Virgilio; el laurel por la gloria, etcétera. *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición.

procesal, sino que propone exclusivamente la aproximación jurídico-material para el tratamiento de la criminalidad de bagatela. De hecho, desde la misma creación del precepto han existido voces críticas sobre el tratamiento del problema a nivel procesal⁵⁹⁷. Por ejemplo, Von Scanzoni consideraba, ya desde la época de su creación, que la causa verdadera de la sobrecarga de la administración de justicia debía buscarse en el ámbito penal material y aclaraba, según su opinión, cuál era el único camino para solucionarla:

Si se califica como la carencia única del principio de legalidad procesal, el número excesivo de penas, pero sin embargo, se ignora que lo que hace responsable de los muchos castigos a este principio, también forma en él, al mismo tiempo, la garantía más fuerte de la objetividad del ministerio público y se le tiene como la expresión grandiosa de la justicia. De hecho esta carencia que se imputa injustamente al principio de legalidad procesal corresponde, al contrario, a una cuestión de derecho penal material y por ende es allí donde se tendría que encontrar el remedio. Si una ley existe y está en vigor, se tiene que seguir cada infracción de la misma forma cueste lo que cueste. Sólo el derecho material, en relación con el castigo, puede evitar que exista una proliferación de infracciones insignificantes y faltas sin consideración de la fuerza de las autoridades que por ello se hace añicos y de paso borra el concepto del delito real en la conciencia jurídica del pueblo⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ AGUADO, *El principio de proporcionalidad*, pp., 33 y ss.; DE LA OLIVA, *Derecho procesal penal*, pp. 26 y 27; HASSEMER, en *FS für StA Schleswig-Holstein*, p. 538; HIRSCH, en *FS für Lange*, p. 826; KRÜMPPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 240; KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 337; LANGE, en *FS für Jabrreiß*, p. 133; NAUCKE, Gutachten 51. DJT, 1976, D 115; PALIERO, *Minima non curat praetor*, p. 424; von SCANZONI, *JW* (1924), pp. 1642 y ss; WEIGEND, en *ZStW* (1997), pp. 106 y ss. En materia de drogas, véase: NELLES/VELTEN, en *NStZ*, 1994, p. 367 y ss.; HEINZ, en *FS für Brohm*, pp. 351, 356.

⁵⁹⁸ VON SCANZONI, *JW* (1924), pp. 1642 y ss., 1645 y ss.

La idea pasaría por una redacción individual de los hechos que se consideren como bagatelas⁵⁹⁹, la interpretación restrictiva de las prescripciones penales⁶⁰⁰ o por la formulación de un principio general de insignificancia material que permita excluir la punibilidad⁶⁰¹. En todo caso, como ya se expuso en el capítulo III, la idea es optar por una descriminalización junto con un traslado de conductas al ámbito del derecho de contravenciones al orden, o bien la ampliación de los casos de amonestación con reserva de pena como aquellos previstos, por ejemplo, en el §59 StGB alemán⁶⁰², o incluso pasar ciertos hechos a la jurisdicción civil⁶⁰³.

Las ventajas se señala que serían, entre otras, una mayor uniformidad en la aplicación del derecho por parte de un tribunal que decide sobre la imposición o no de la pena en un proceso público, evitándose de esta manera que el órgano encargado de la persecución resuelva esta cuestión en la etapa de investigación que no goza de publicidad⁶⁰⁴, lo que va de la mano con una mejor protección para evitar un tratamiento desigual y la arbitrariedad y, adicionalmente, una localización sistemáticamente más correcta de la criminalidad de bagatela en el derecho material y no en el derecho procesal⁶⁰⁵. De igual forma, la solución jurídico-material generaría mayor control y

⁵⁹⁹ DE LA OLIVA, *Derecho procesal penal*, pp. 26 y 27; FRISCH, en *FS für Stree/Wessels*, p 106; GEPPERT, en *Jura* 1986, p. 311; KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p 246; NAUCKE, *Gutachten 51. DJT*, 1976, D 115.

⁶⁰⁰ RANFT, *Strafprozessrecht*, p. 273.

⁶⁰¹ AGUADO, *El principio de proporcionalidad*, p. 34; JESCHECK, en *FS für Gallas*, p. 46.

⁶⁰² AHRENS, *Die Einstellung*, p. 238; ARZT, en *JuS* 1974, p. 695; Baumann, *FS für Peters*, 10; el mismo, *ZRP* 1972, 273; KRAMER, en *ZRP* 1974, p. 66.

⁶⁰³ BOHNERT, *Die Abschlussentscheidung*, p. 232; HANACK, en *FS für Gallas*, p. 360; RIESS, en *ZRP* 1983, p. 93; NAUCKE, *Gutachten 51. DJT*, 1976, D 80.

⁶⁰⁴ Véase: WEIGEND, en *ZStW* (1997), p. 107.

⁶⁰⁵ Con lo cual, afirman, se evitaría que el mismo comportamiento que el legislador, por una parte, amenaza con una pena, por otra, no se pueda perseguir. HORSTMANN, *Präzisierung*, p. 317.

fortalecimiento en la prevención⁶⁰⁶. Finalmente, y como corolario de todo lo anterior, la solución material obliga al legislador a determinar con claridad los requisitos que han de concurrir para no imponer la pena.

Como ejemplo de esta solución material se tiene en la legislación austriaca el §42 ÖStGB⁶⁰⁷. La idea que soporta esta prescripción es que en casos de criminalidad menor e incluso en casos de mediana criminalidad, existen hechos en los que no se alcanza el nivel del injusto merecedor de pena, por lo que no habría necesidad de pena. Sin embargo, para ello se necesita la verificación de que los requisitos materiales se den todos en conjunto, para poder aplicar el §42 ÖStGB⁶⁰⁸. Sin embargo, a pesar de que se argumente que la solución mediante el principio de oportunidad está pensada para resolver eficazmente el problema de la hipertrofia de la administración de justicia y no el de la proporcionalidad de las penas⁶⁰⁹, y que la descriminalización legal material puede considerarse como “más sincera”, lo cierto es que en ambas soluciones, desde el punto de vista pragmático, las consecuencias son las mismas pero con la aplicación del principio de oportunidad se tiene la ventaja del ahorro de los costes del proceso penal, analizando el tema desde el punto de vista del sistema penal. Y desde el punto de vista del investigado,

⁶⁰⁶ ALBRECHT, *Strafrecht-ultima ratio*, p. 16; AHRENS, *Die Einstellung*, p. 247.

⁶⁰⁷ JESCHECK, en *FS Für Lange*, pp. 365 y ss.; PALIERO, *Minima non curat praetor*, p. 424; ROXIN en *Festschrift für Pallin*, p. 345 y ss., 354.

⁶⁰⁸ El §42 ÖStGB, referente al escaso merecimiento de pena del hecho, señala que si el hecho, que se debe perseguir de oficio, está castigado solo con pena de multa, con una pena privativa de libertad inferior a tres años, o con tal pena privativa de libertad y una multa, no será sancionable cuando:

1. La culpabilidad del autor es mínima.
2. El hecho haya producido consecuencias insignificantes o el autor se haya esforzado por eliminar las consecuencias del hecho en lo esencial, las haya compensado o eliminado.
3. No sea necesaria la pena para disuadir al autor de actuaciones sancionables o contrariar la perpetración de actuaciones sancionables por otros.

⁶⁰⁹ ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, p. 26; AGUADO, *El principio de proporcionalidad*, pp. 21 y ss.

igualmente se generan para este las mismas consecuencias que la variante procesal, con el agravante de que es necesaria la realización de todo el proceso en la solución material⁶¹⁰ y la inversión de unos costes, no solo en términos económicos sino también psicológicos y de estigmatización.

En general, lo valioso de estas propuestas es que además de que van en la dirección de un entendimiento y apreciación adecuados de los hechos susceptibles de la aplicación del principio de oportunidad, emplean directamente el derecho material, pues allí está el motivo y el origen de la problemática de todos los hechos relevantes para el derecho penal⁶¹¹.

Adicionalmente, como en todo caso, en la actualidad existen supuestos en la ley para la aplicación del principio de oportunidad que se les ha denominado como de *justicia material*, considero que es necesario estudiar el principio de oportunidad propuesto desde el punto de vista del derecho material. Ello será objeto del próximo capítulo.

⁶¹⁰ De hecho, hay autores como Moos que consideran como ineficaz en general esta solución material, véase: MOOS, *Zur reform des Strafprozessrechts*, pp. 141 y ss.

⁶¹¹ HORSTMANN, *Präzisierung*, p. 317 y 349

CAPÍTULO 5

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD DESDE EL DERECHO PENAL MATERIAL

Teniendo en cuenta lo establecido al finalizar el capítulo anterior, en este capítulo desarrollaremos dos cuestiones simultáneamente. La primera es la relacionada con la posición de algunos autores, según la cual, la función del principio de oportunidad sería la de hacer palpable la justicia material mediante la respuesta diferenciada, con lo cual se estimularía la justicia con criterios razonables. Según esta posibilidad, mediante el principio de oportunidad sería posible archivar aquellos casos en los cuales los hechos revistan características cercanas a las causales de justificación y de exculpación, pero que se pasan mínimamente, por lo que no es posible aplicarlas. La segunda cuestión es la relativa al acoplamiento del principio de oportunidad en el sistema penal.

Según lo ya expuesto, el principio de oportunidad es entendido como la facultad entregada al ministerio público para disponer del ejercicio de la acción penal, a pesar o con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible, imputable presumiblemente a un autor determinado. Ello implica que el fiscal, al enfrentarse a un hecho con características de punible, pueda gestionar racional y legalmente su decisión de no persecución, la cual, además, esté respaldada en estructuras normativas.

Ahora bien, al entender el principio de oportunidad como un modulador de la capacidad de perseguir, se inserta el necesario puente entre el injusto culpable y su sanción.

De esta forma, el principio de oportunidad vendría a ser la bisagra que permite concebir el sistema del delito como un constructo que pasaría desde el injusto culpable a la perseguibilidad, con lo cual se

abre la puerta a la sancionabilidad. Esto porque usualmente dentro del análisis del hecho punible, se pasa del injusto culpable a la sancionabilidad, pero en la práctica no ocurre así.

De la misma forma como sucede con la punibilidad que es excepcional para explicar casos en los cuales concurren necesidades especiales (condiciones objetivas y excusas absolutorias), el principio de oportunidad es aquel que orienta la no persecución de determinadas conductas y que pretende explicar en el sistema de la teoría del delito, de la pena y en el procesal, esta abstención de la persecución o, en todo caso, legitimar su existencia.

En este capítulo se expondrá cómo se considera que debe ser entendido y aplicado el principio de oportunidad en un sistema integral de derecho penal por un fiscal. Para ello, adoptaré la propuesta de Wolter sobre un sistema integral que involucre todas las categorías penales, desde el mismo momento en que se ponga en movimiento el aparato de persecución del Estado. Ello requiere un esfuerzo de concretización de las estructuras del sistema penal integral que provean al fiscal las herramientas necesarias para gestionar su labor. En las siguientes páginas se desarrollará esta propuesta más concretamente.

Cuando el ministerio público recibe la *noticia criminis*, inicia las averiguaciones preliminares con el fin de concretar los hechos materia de investigación. Si es una situación cuyas características la hacen susceptible de ser considerada como un hecho relevante para el derecho penal, debe proceder a un examen escalonado, con el fin de determinar la naturaleza del hecho y la forma de direccionarlo en el sistema penal.

Las normas establecen una prohibición seguida de una consecuencia jurídico-penal. Quien haga x será castigado con y . Pero es necesario tener en cuenta un planteamiento adicional: quien haga x será procesado de z manera y castigado con y . Y esa z manera es de gran importancia, y ha sido fruto de intensos debates cada cierto tiempo cuando se analiza el sistema penal en su conjunto y los problemas que

acarrea. Principalmente porque de la forma como se aplica x se determina y . Así, por ejemplo, en casos de conformidad, juicios rápidos, negociaciones con los investigados, entre otros, la x determina que y haya variado notablemente en relación con la pena inicialmente estipulada en el tipo penal. Por último, hay casos en los cuales, a pesar de cumplirse x , se deja de perseguir y , por ende, de castigarse. Es decir $\neg x$ y en consecuencia $\neg y$.

Es necesario que ese salto entre delito y pena sea cubierto o al menos aminorado. Cuando ocurre un hecho en la sociedad, es observado por los miembros de esta, y si se ve que concuerda con aquellos establecidos en el Código Penal, se dice que se está ante un delito y, en consecuencia, que será castigado como tal con las penas establecidas en las legislaciones. Esta aseveración podríamos aceptarla parcialmente por cuanto solo tenemos el dato histórico de que se produjo un hecho que concuerda, en principio, con lo establecido en las normas penales. Pero para que un hecho descrito en estas normas llegue a ser penado se necesita que existan una serie de condiciones adicionales.

Como ya se sabe, la consideración sobre lo que es delito, su estructura, a quién se puede hacer responsable y las reacciones contra este son conceptos que varían de un ordenamiento jurídico a otro. Y, del mismo modo, las características relativas a su persecución, dado que más allá de que se esté ante un hecho que sea en efecto un delito y que se presenten todas las condiciones para su punición, existe la posibilidad de que nunca llegue a ser perseguido, por lo que hablar de *penalidad* no se vea como necesario.

¿Por qué una situación cada vez más común en los sistemas penales como es la no persecución de hechos en apariencia delictivos no se tiene en cuenta en el sistema penal?

Al partir de la necesaria vinculación de la pena con el sistema del delito, se ve clara la necesidad de construir una figura de tránsito que

dé cobertura sistemática más allá del sistema binario que gravita de la teoría del delito a la imposición de la pena⁶¹².

I. PROPUESTA DE ORGANIZACIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Si entendemos el sistema integral del derecho penal como una estructura que debe orientar a los operadores jurídicos en el proceso penal, podríamos iniciar con esta primera figura expositiva (figura 3):

Figura 3. Niveles dentro del sistema integral

PRIMER NIVEL	SEGUNDO NIVEL	TERCER NIVEL				
INJUSTO	CULPABLE					
INJUSTO	CULPABLE	MEREcido DE PENA				
INJUSTO	CULPABLE	MEREcido DE PENA	NECESITADO DE PENA			
INJUSTO	CULPABLE	MEREcido DE PENA	NECESITADO DE PENA	PUNIBLE		
INJUSTO	CULPABLE	MEREcido DE PENA	NECESITADO DE PENA	PUNIBLE	PERSEGUIBLE	
INJUSTO	CULPABLE	MEREcido DE PENA	NECESITADO DE PENA	PUNIBLE	PERSEGUIBLE	SANCIONABLE

Fuente: elaboración propia.

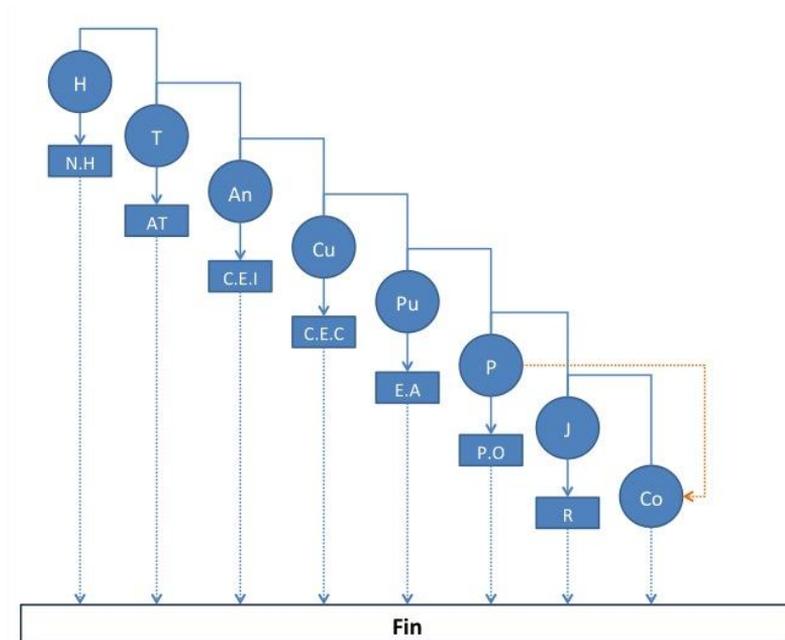
De manera que se analizará el que un hecho sea injusto culpable, merecido, necesitado de pena, punible, perseguible y, finalmente, sancionable. Existirá la posibilidad de que en cualquier parte del análisis termine la labor del fiscal: ello sucederá en el primer nivel o bien cuando no se esté frente a una conducta humana, o bien cuando se esté frente a un hecho atípico; luego de ello, en ese mismo nivel se terminará el examen al encontrarse con un hecho que no sea antijurídico, al presentar dentro de su desarrollo alguna causa de

⁶¹² BENAVENTE CHORRES, *Aspectos conceptuales*, p. 157 y ss.

exclusión del injusto penal; en el siguiente nivel ocurrirá la finalización del examen cuando concurra una causa de exclusión de la culpabilidad; más adelante finalizará al existir causas absolutorias o cuando no estén presentes las condiciones objetivas de punibilidad; a continuación, ello acontecerá cuando sea posible aplicar el principio de oportunidad o bien cuando se presente un archivo condicional o cualquier terminación anormal del procedimiento, en cuyo caso se prescindirá del juicio; en el momento del juicio ello acontecerá en casos de renuncia a la pena; y, finalmente, con la condena terminará el estudio del caso sujeto a examen.

De esta forma, se entiende que no todo delito finalmente recibe una sanción. Para la presente investigación la estructura se puede sintetizar de la siguiente manera (figura 4):

Figura 4. Proceso de análisis del hecho



Fuente: elaboración propia.

Las estructuras básicas de un sistema integral de derecho penal son un compuesto de punibilidad material, perseguibilidad y sancionabilidad, dentro de sus niveles respectivos de derecho penal, derecho procesal penal y derecho de la determinación penal⁶¹³.

Según Wolter, el entendimiento de un sistema integral presupone necesariamente y por mandato de la ley, la existencia de determinados referentes “positivos” en el sistema del delito: en especial, la distinción entre tipicidad y antijuricidad y su reunión en el injusto, la separación entre culpabilidad en el sentido de capacidad de culpabilidad o capacidad de actuar de otro modo y en el sentido de responsabilidad, la unidad del injusto culpable, la distinción entre culpabilidad y prevención, así como las condiciones objetivas de punibilidad independientes del injusto, de la culpabilidad y de la prevención⁶¹⁴.

1. CATEGORÍA DEL INJUSTO CULPABLE MEREDEDOR DE PENA. POSIBILIDAD DE CASTIGO

En este primer nivel de la estructura encontramos al injusto — como deber de actuar de otro modo— y a la culpabilidad —como la capacidad de actuar de otro modo—.

El tipo es la descripción del comportamiento humano contrario a la prohibición o al mandato al que se refiere la conminación penal. Por su parte, la antijuricidad comprende los presupuestos de la exclusión del ilícito: las llamadas *causas de exclusión* del injusto penal⁶¹⁵.

Ello implica consecuentemente que para el análisis del hecho concreto sea necesario que se esté frente a un injusto culpable, es decir, que no se presenten ni causas de exclusión del tipo, del derecho

⁶¹³ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 46.

⁶¹⁴ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, pp. 72 y ss.

⁶¹⁵ STRATENWERTH, *Derecho penal*, p.115; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 614 y ss.

penal, ni causas de exclusión del injusto penal⁶¹⁶.

El delito se ha considerado tradicionalmente como un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable⁶¹⁷. Un hecho típicamente antijurídico o injusto, ya que son expresiones equivalentes, supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sin la existencia de intereses superiores que justifiquen su ataque⁶¹⁸. De esta forma, lo primero que se debe ver es si se está frente a un comportamiento humano. Ello no acontece en las denominadas *causas de exclusión de la acción*, que son en el derecho español⁶¹⁹, la fuerza irresistible, los movimientos reflejo y la inconsciencia. En estas causas nos encontramos ante situaciones donde falta la acción del artículo 10 CP, por lo que no puede haber delito.

Una vez se tenga claro que se está frente a una conducta humana, se debe establecer si tiene todas las características descritas en la norma penal, lo que se denomina el *tipo de injusto penal*, es decir, aquel que reúne las características para ser considerado como un injusto merecedor de pena, porque contradice el ordenamiento jurídico.

El tipo es la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato a la que se refiere la conminación penal⁶²⁰. Existirán casos

⁶¹⁶ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 35; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 614 y 615.

⁶¹⁷ CEREZO MIR, *Curso PG II*, p. 20; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, p. 5; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 460; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 138. Mir Puig define el *delito* como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable, donde la antijuridicidad penal requiere de la tipicidad penal junto con la ausencia de causas de justificación, y la imputación personal requiere que ese hecho sea imputable a un sujeto responsable por su infracción a la norma primaria. Véase p. 139.

⁶¹⁸ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 140.

⁶¹⁹ MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 218 y ss.

⁶²⁰ STRATENWERTH, *Derecho penal*, pp. 109 y ss. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 159 señala la existencias de casos de infracciones ilícitas en los que o bien no revisten la gravedad suficiente o bien existen diversas razones político-criminales para ser consideradas penales. Por ende, son infracciones no penales pertenecientes a otras ramas del derecho.

en los cuales falte la tipicidad penal cuando, a pesar de ser ilícita, mediante una interpretación restrictiva, sea excluido un comportamiento que cabría literalmente, por ejemplo:

- Cuando no hay una afectación suficiente al bien jurídico, dado que su lesión se dio por una conducta sin la suficiente peligrosidad (falta de imputación objetiva).
- Por consistir el bien jurídico típico en la facultad de disponer de algo por parte de su titular y existir conformidad de este.
- Por ser los hechos adecuados socialmente (adecuación social).
- Por ser los hechos insignificantes (principio de insignificancia)

Luego de ello es necesario avanzar en el análisis de la estructura del tipo de que se trate según haya sido el hecho materia de examen.

1.1 La estructura del tipo comisivo doloso

-Imputación objetiva: se deben examinar todos los elementos de la figura típica de la forma más completa: el sujeto activo y pasivo, la acción, la relación de causalidad, el resultado, el bien jurídico tutelado, los medios, el momento de la acción, el lugar de la acción, el objeto de la acción, etcétera. Por supuesto, se debe tener en cuenta que no todos los caracteres concurren en los diversos supuestos de hecho, pues, por ejemplo, en los delitos dolosos de mera actividad y en caso de la tentativa de delitos dolosos de resultado se requiere solamente la imputación objetiva del comportamiento típico, es decir, que no se exige ni la relación de causalidad, ni la relación de imputación objetiva entre el comportamiento y el resultado.

-Imputación subjetiva: es preciso analizar en este punto los elementos subjetivos del tipo. Ello supone analizar qué tipo de dolo se presentó en el hecho, si fue directo, en qué grado, ver lo relativo a la creación del riesgo típicamente relevante como objeto del dolo, el principio de simultaneidad entre la parte objetiva y subjetiva del tipo y, finalmente, revisar si existen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

-Ausencia de causas de atipicidad: finalmente es necesario establecer si faltan tanto elementos objetivos como subjetivos y si nos encontramos en casos de error de tipo, ver si este es vencible o invencible.

1.2 La estructura del tipo comisivo imprudente

-Imputación objetiva: del mismo modo que en el caso del tipo comisivo doloso se deben examinar los componentes de la descripción; el sujeto activo y pasivo, la acción, el resultado, el bien jurídico, el objeto de la acción, los medios, la imputación objetiva de la infracción de una norma de cuidado penal en los delitos de mera actividad, y en los delitos imprudentes de resultado, la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado, en los casos de comisión activa, y la relación de imputación objetiva entre el comportamiento y el resultado, en los casos de comisión activa, omisiva y comisión por omisión.

-La imputación subjetiva consta de un elemento positivo que es el haber querido la conducta descuidada y un elemento negativo relativo a no haber querido cometer el hecho acaecido. Junto con ello, es relevante analizar la clase de culpabilidad con la cual se actuó y el objeto de la culpabilidad que es la creación del riesgo típicamente relevante.

-Ausencia de causas de atipicidad: por último, es necesario establecer si faltan tanto elementos objetivos como subjetivos, si se está frente a casos de error de tipo y si este es vencible o invencible.

1.3 La estructura del tipo de omisión

-Imputación objetiva: al igual que con las otras estructuras, se deben examinar las diversas exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, sean de índole descriptiva o normativa; debe advertirse que la configuración del aspecto objetivo

de estos tipos varía según si se trata de una omisión pura o de una comisión por omisión. Así las cosas, en el caso de omisión pura, será necesario ver los presupuestos objetivos de la situación típica en los que se basa el deber de actuar, la no realización de la acción indicada, necesaria e idónea de aseguramiento o amparo exigibles y la capacidad individual de realizar la acción indicada, necesaria e idónea de salvaguarda o aseguramiento.

Por su parte, en el caso de la comisión por omisión es necesario analizar si se presenta una equivalencia de la comisión omisiva con la comisión activa, la no realización de las acciones necesarias e idóneas de “aseguramiento” o “control” de un riesgo típicamente relevante que se origina en la propia esfera organizativa o la no realización de las acciones necesarias e idóneas de “amparo”, “protección” o “salvaguarda” de un interés ajeno vinculado que se halla amenazado por un peligro no propio; los presupuestos de exigibilidad de la acción indicada, necesaria e idónea; la capacidad individual para realizar la acción indicada, necesaria e idónea de aseguramiento o de amparo; y la realización del riesgo prevenido por la norma penal en el resultado típico.

-Imputación subjetiva: es preciso analizar en este punto los elementos subjetivos del tipo. Si el agente actuó con dolo, qué tipo de dolo se presentó en el hecho, si conocía la posición de garante, la situación típica y el curso causal —en los tipos de resultado—, si tenía posibilidad de representarse la conducta debida y —en los tipos de resultado— la vía para evitarlo, y, finalmente, revisar si existen elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

-Ausencia de causas de atipicidad: por último, es necesario establecer si faltan tanto elementos objetivos como subjetivos, si se está frente a casos de error de tipo y si este es vencible o invencible.

Continuando con el análisis del comportamiento humano, la antijuridicidad penal requiere⁶²¹ la realización de un tipo penal:

⁶²¹ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 148.

conducta, voluntaria y consciente, como señala Silva Sánchez, “que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico-penales”⁶²².

Afirmada la existencia de una conducta típica comisiva u omisiva (dolosa o imprudente), a continuación debe examinarse si esta es antijurídica, esto es, si se conforma un injusto; es, pues, indispensable, emitir un juicio de antijuridicidad, el cual debe realizarse *ex ante*⁶²³. Ello implica establecer la ausencia de las causas de exclusión del injusto penal⁶²⁴. Dichas causas son la legítima defensa; el estado de necesidad justificante; la colisión de deberes; el consentimiento; el cumplimiento de un deber; el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; y la obediencia debida. Están en el artículo 20 CP y también la suposición errónea objetivamente invencible de que concurren los presupuestos específicos de alguna. Es pues necesario analizar cada uno de los elementos de la causa de justificación o del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, para establecer si estamos frente a un hecho antijurídico o no y las consecuencias de ello.

Y, adicionalmente, la antijuridicidad se presenta de dos formas⁶²⁵. En sentido formal, la antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el derecho penal. La antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin que un interés prevalente lo justifique⁶²⁶.

Entendiendo que se está frente a un hecho antijurídico se debe analizar si en el momento del hecho, el autor tenía la posibilidad de

⁶²² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 624.

⁶²³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 623.

⁶²⁴ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 430 señala: “Su fundamento material puede verse en una situación de conflicto, que se produce en el momento de la conducta y que ha de confirmarse expost, entre el valor propio del bien jurídico penal atacado y otros intereses que el derecho considera prevalentes. Estas causas excluyen el desvalor global de la conducta y el desvalor global del resultado. Esto puede generar el deber de tolerar la conducta típica justificada [...]”.

⁶²⁵ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 150.

⁶²⁶ Ambas son características del hecho contemplado *ex post* (desvalor de resultado).

percatarse de la antijuridicidad de su conducta e igualmente era posible que se orientara según las normas jurídicas, para poder afirmar que el ilícito fue cometido culpablemente. Ello también implica que el autor tenía que haber conocido o haber tenido la posibilidad efectiva de conocer el ilícito, con lo cual es posible exigirle que actúe conforme a derecho.

De esta manera, en este primer nivel, si la conducta cumple con los requisitos para ser considerada como un injusto culpable, se podrá considerar que la conducta, en principio, merece la imposición de la pena establecida en el tipo penal. El merecimiento es un juicio global de desvalor del hecho, en la forma de desaprobación, especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave de un bien jurídico merecedor de protección en el ámbito penal, que debe acarrear un castigo⁶²⁷.

Y se excluirían aquellos casos en los cuales desde el primer momento el operador jurídico al realizar el análisis concreto puede establecer que son casos que no son relevantes para el derecho penal y, por ende, no es necesario que el aparato penal se encargue de estos. Dentro de esta categoría se pueden considerar como excluidos los supuestos del artículo 145 bis⁶²⁸, numeral 3 y 146⁶²⁹, inciso 3. En ambos casos se considera que la embarazada no será penada. E igualmente el supuesto del artículo 156⁶³⁰, inciso segundo, relativo al caso de que se esterilice a persona incapaz con grave deficiencia psíquica, tomando en cuenta el mayor interés de esta si ha sido autorizado por un juez.

Igualmente el artículo 270⁶³¹ que establece que no será punible la importación de obras, producciones o ejecuciones de un Estado perteneciente a la Unión Europea que hayan sido adquiridas

⁶²⁷ BLOY, en *GA* 1980, pp. 172 y ss., 183.

⁶²⁸ Práctica de aborto permitido por la ley pero irregular por falta de algún requisito.

⁶²⁹ Aborto por imprudencia.

⁶³⁰ Lesiones causadas en trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización.

⁶³¹ Delitos relativos a la propiedad intelectual.

directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

En estos supuestos el legislador ha considerado que en dichas situaciones la conducta no será penada, por lo que son situaciones que no alcanzan a concebir un injusto.

En esta categoría se ha considerado que el principio de oportunidad podría ubicarse en tanto en cuanto existen hechos en los cuales se esté ante casi una situación que no sea relevante para el derecho penal pero falte un elemento, por lo que en vez de excluirlas del derecho, del tipo o de la culpabilidad, o establecer una causa de exclusión del injusto, lo que podría suceder es que la investigación proceda a un archivo por estar casi cumplidos los requisitos para su exclusión. Es decir, se considera que en supuestos de cuasijustificación y las situaciones próximas a las causas de exclusión de la culpabilidad, puede obtenerse una suavización de la consecuencia punitiva acudiendo al archivo del proceso.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la aplicación del principio de oportunidad supone la existencia de un hecho delictivo que, por consideraciones de política criminal, va a dejar de ser perseguido. Sin embargo, ello no le quita su calidad de hecho injusto culpable merecedor de pena. Por ende, no es posible ubicar en esta categoría el principio de oportunidad.

2. CATEGORÍA DEL INJUSTO CULPABLE NECESITADO DE PENA

En este segundo nivel es donde se determina si la conducta, que en el nivel anterior ha sido considerada como merecedora de pena, efectivamente necesita de la imposición de esta o si, por el contrario, existen consideraciones dentro del hecho materia de examen que hagan que no sea necesaria la pena. La necesidad presupone el merecimiento y significa que un hecho en sí merecedor de pena

además necesita ser penado, ya que no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo.

De esta forma, se establece, desde consideraciones preventivas, el ámbito de lo punible, el juicio de antijuridicidad desde una perspectiva jurídico-penal-ético-social. En palabras de Wolter:

[...] en este segundo nivel del delito, que se ha dado en llamar la “responsabilidad”, se tienen en cuenta aquellos intereses jurídico-penales que tienen que ver al mismo tiempo con el injusto y la culpabilidad. En este nivel la necesidad de pena decae ante la presencia de determinadas “causas de exclusión de la responsabilidad o de levantamiento de la responsabilidad”, que son capaces de disminuir sensiblemente a la vez el injusto y la culpabilidad, en atención a especiales razones preventivas⁶³².

En suma, la cuestión sobre la responsabilidad del autor se plantea en este nivel⁶³³.

Pero a pesar de la realización antijurídica y culpable de un tipo penal, puede decaer la necesidad de la pena desde el punto de vista de sus fines, por ejemplo, por falta de perturbación seria del orden jurídico⁶³⁴. De la misma forma, la necesidad de pena decae ante la presencia de causas de exclusión de la responsabilidad o de levantamiento de la responsabilidad que disminuyen al injusto y la culpabilidad, en atención a razones tanto preventivas como garantísticas⁶³⁵. En efecto, si se está ante situaciones como estas se deben considerar los intereses de la víctima, las necesidades de

⁶³² WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 54.

⁶³³ Para Roxin, el injusto típico y la culpabilidad en el sentido tradicional dan lugar ya al merecimiento de pena, pero la necesidad de pena se comprueba únicamente en la categoría de la *responsabilidad*. Y en cuanto a la responsabilidad considera que se determina en virtud de las exigencias preventivas derivadas de los fines de la pena. Sobre ello, véase: ROXIN, *Evolución*, pp. 27 y ss.; el mismo *La evolución de la política criminal*, pp. 72 y ss.; el mismo *Derecho penal*, pp. 792 y ss.; el mismo, *Culpabilidad y prevención*, pp. 58 y ss.; el mismo, *FS für Henkel* 1974 pp 184 y ss.

⁶³⁴ STRATENWERT, *Derecho penal*, p. 118

⁶³⁵ Por ejemplo, exceso en la legítima defensa y estado de necesidad disculpante, desistimiento de la tentativa normal y la tentativa de participación.

prevención especial y general y la falta de peligrosidad del hecho y del autor, las cuales llevarán a considerar que la imposición de una pena no sería lo más adecuado⁶³⁶.

Dentro de esta categoría, encontramos excluido lo establecido en el ya señalado artículo 156 CP, pero esta vez en su inciso primero relativo a que el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad en supuestos de trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización donde sucedan lesiones.

De otro lado, también habrá lugar a exención de responsabilidad, según el artículo 210 CP⁶³⁷, en caso de que el acusado de injuria pruebe la verdad de las imputaciones realizadas. Igualmente quedará exento de responsabilidad penal, en caso de delitos contra la seguridad social en virtud del artículo 307 CP, la persona que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida, incrementada según el mismo artículo y con las condiciones allí establecidas. Adicionalmente, el artículo amplía la exención de responsabilidad penal por las posibles falsedades instrumentales que haya realizado para obtener las prestaciones defraudadas objeto de reintegro.

Finalmente, en relación con los delitos contra la administración pública, específicamente la desobediencia, en virtud del artículo 410 CP, las autoridades o funcionarios que no den cumplimiento a un mandato por constituir una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o disposición general, no incurrirán en responsabilidad criminal.

Del mismo modo que en la categoría anterior se ha considerado que el principio de oportunidad podría servir aquí para proceder a generar un archivo del procedimiento cuando se presenten situaciones próximas a la exención de la responsabilidad. Sin embargo, consideraciones similares a las anteriores hacen imposible la ubicación

⁶³⁶ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 36.

⁶³⁷ Prueba de la verdad de las imputaciones.

del principio de oportunidad en esta categoría. Efectivamente, si en este punto se entiende el hecho únicamente como un injusto merecido y necesitado de pena, aún no es posible que el principio de oportunidad despliegue sus efectos, ya que aún no se ha considerado plenamente el hecho junto con su correspondiente consecuencia jurídica.

3. CATEGORÍA DEL INJUSTO CULPABLE SANCIONABLE/LA SANCIONABILIDAD

Esta categoría comúnmente llamada *punibilidad* es ajena a la estructura clásica del delito⁶³⁸, entendido este como un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable⁶³⁹. Ello dado que junto con esta definición existen los siguientes elementos que condicionan la punibilidad⁶⁴⁰:

1. Las condiciones objetivas de punibilidad (de modo positivo y comunicables a los partícipes).
2. Las excusa absolutorias⁶⁴¹ (de modo negativo y no comunicables) en un hecho típico antijurídico y culpable.

La *punibilidad*, que aquí llamaremos *sancionabilidad*, no es una categoría esencial, sino una categoría independiente que abarca los presupuestos de la pena que son ajenos al tipo, al injusto o a la

⁶³⁸ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 36.

⁶³⁹ Entendiendo esto último en relación no con las consecuencias del delito, sino con otros presupuestos de la pena, véase: CEREZO MIR, *Curso PG T. II*, p. 20.

⁶⁴⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pp. 259 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 69 y ss., 387 y ss.; HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, pp. 27 y ss.; LUZON PEÑA, “La punibilidad”, pp. 831 y ss.; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, pp. 32 y ss.; POLAINO NAVARRETE, “La punibilidad en la encrucijada...”, pp. 26 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, pp. 259 y ss.

⁶⁴¹ JESCHECK, *Tratado*, pp. 503 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, p. 116. En cuanto a la denominación *excusas absolutorias*, esta expresión no es del todo adecuada, ya que se refiere a dos tipos de situaciones que se denominan: *causas de levantamiento de pena* y *causas de exclusión de pena*.

culpabilidad. No dice nada sobre lo que puede ser penado, sino que constituye un juicio posterior acerca de si o en qué medida procede la imposición y la aplicación de la pena. No tiene relación con el supuesto de hecho sino con la consecuencia jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior, es solamente a partir de dicha categoría que podría ubicarse adecuadamente el principio de oportunidad. La razón es clara. Si para poder acudir a dicho principio es necesario que estemos ante un hecho con características de ser considerado como delictivo, en esta categoría ya se ha analizado y consecuentemente pasado por el filtro inicial para considerar el injusto culpable merecido y necesitado de pena.

En las anteriores categorías se puede acudir a un archivo por parte del ministerio público pero las razones son relacionadas específicamente con el hecho de que se está ante una conducta que no ha pasado el análisis para ser considerado delito y, por ende, no es del resorte del sistema penal. En esta categoría no se puede ni disminuir ni excluir el injusto o a la culpabilidad, solamente se da la facultad estatal de castigar mediante pena.

Y como esto es así, también es posible y viable pensar que en esta categoría no solo se ve la viabilidad de castigar sino ya la de perseguir.

De hecho, para algunos autores italianos, como lo señala Mapelli Caffarena, el origen de las condiciones objetivas de punibilidad no es otro que resolver la tensión entre el principio de oportunidad y las garantías procesales, de tal suerte que el legislador, al introducir las condiciones objetivas de punibilidad en la norma, deja establecida la evaluación sobre el inicio de la acción penal, consideración propia del principio de oportunidad, dejando así salvaguardados tanto el principio de legalidad como el principio de obligatoriedad de la acción penal⁶⁴².

Sin embargo, el que sea posible a partir de dicha categoría considerar la aplicación del principio de oportunidad no implica el que

⁶⁴² MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático*, p. 17 y ss.

pueda ubicarse dentro de esta. La razón es principalmente por el hecho de que la existencia en la situación materia de examen de estas figuras que conforman la categoría determina una decisión de fondo que reviste la forma de cosa juzgada material.

Por el contrario, como se pudo ver en el capítulo anterior, la aplicación del principio de oportunidad no tiene efectos de cosa juzgada.

Las condiciones objetivas de punibilidad así como las excusas absolutorias excluyen la punibilidad pero no afectan el contenido del injusto culpable, es decir, que el hecho típicamente antijurídico y culpable permanece impoluto.

De esta forma, se puede entender que condicionar exclusivamente la concreta imposición de la pena viene a ser el análogo del principio de oportunidad que estaría en la categoría del procedimiento destinado a establecer exclusivamente la posibilidad de no persecución.

Ahora se pasará a estudiar un poco más esas figuras que conforman esta tercera categoría.

3.1 *Las condiciones objetivas de punibilidad*⁶⁴³

Para determinar que estamos frente a una condición objetiva de punibilidad es necesario analizar el tipo penal en concreto utilizando, en su orden, la interpretación gramatical, lógico-sistemática o teleológico-valorativa⁶⁴⁴. Las condiciones objetivas de punibilidad constituyen presupuestos materiales de la punibilidad que están en conexión con los elementos del tipo⁶⁴⁵ pero no integran lo injusto específico de una conducta delictiva. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

⁶⁴³ BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, pp. 229 y ss.

⁶⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 70 y ss.; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, pp. 60 y ss.

⁶⁴⁵ JESCHECK, *Tratado*, p. 503; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, p. 60.

(LOPJ) que se refiere a la extensión y límites de la jurisdicción y establece que la jurisdicción penal española conoce de aquellos delitos cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos españoles siempre y cuando el hecho sea punible en el lugar de ejecución⁶⁴⁶. Otro ejemplo de condición objetiva de punibilidad es la garantía de reciprocidad del artículo 606 num. 2 CP⁶⁴⁷.

Pero el campo de las condiciones de punibilidad esta constituido por circunstancias tan heterogéneas que es necesario hacer un análisis cuidadoso de los tipos penales de cada ordenamiento jurídico particular⁶⁴⁸.

La doctrina ha propuesto distintas clasificaciones. En Alemania se ha planteado la clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad en propias e impropias: las propias serían causas de restricción de la pena que retrasan las barreras de protección penal⁶⁴⁹. Se trataría, por ejemplo, de la existencia de relaciones diplomáticas y la reciprocidad en los delitos contra Estados extranjeros. Las impropias serían causas de agravación de la pena encubiertas porque pertenecen al tipo injusto, pero se configuran como condiciones objetivas de punibilidad, ya que el legislador las separó de la exigencia de la relación dolosa e imprudente⁶⁵⁰.

En España se acoge también idéntica clasificación de propias e impropias. Autores como Martínez-Buján Pérez consideran que las

⁶⁴⁶ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 265 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 174.

⁶⁴⁷ JESCHECK, *Tratado*, pp. 506 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático*, pp. 23, 47, 89 y ss, 147; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 30, 47, 145 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 172; ROXIN, *Derecho penal*, p. 977; WOLTER, “Las causas constitucionales...”, p. 9.

⁶⁴⁸ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 34; JESCHECK, *Tratado*, pp. 506 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 29 y 37; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, pp. 64 y ss; ROXIN, *Derecho penal*, p. 972.

⁶⁴⁹ JESCHECK, *Tratado*, pp. 504 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 33; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, p. 114; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 173.

⁶⁵⁰ JESCHECK, *Tratado*, pp. 505 y ss.

propias se basan en razones político-criminales de índole material que expresan la necesidad de pena y restringen la punibilidad. Mientras que las impropias son elementos del merecimiento de pena, ya que permiten fundamentar la imposición de pena ampliando la punibilidad⁶⁵¹.

Por su parte, en Italia se ha impuesto la clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad en intrínsecas y extrínsecas: las intrínsecas califican y actualizan las lesiones a los bienes jurídicos tutelados penalmente⁶⁵². Las extrínsecas, al ser ajenas por completo a los bienes jurídicos tutelados penalmente, responden a consideraciones de oportunidad, es decir, extrañas por completo al delito, constituyéndose en criterios restrictivos de la punición.

3.2 *Las excusas absolutorias*

En relación con las excusas absolutorias su presencia impide la imposición de una pena a pesar de estar ante una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable. Se considera que su existencia se debe a consideraciones político-criminales. Este concepto, según algunos autores, se podría explicar si se entiende que comprende las causas personales de exclusión de la pena y causas personales de levantamiento o anulación de la pena⁶⁵³. Una característica primordial es que se aplican exclusivamente a aquellos en quienes concurren⁶⁵⁴.

Un ejemplo claro de ello es el artículo 268.2 CP que prevé expresamente que “no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”. Y añade que están exentos de responsabilidad criminal, aunque subsista la responsabilidad civil.

⁶⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 48, 57, 85 y ss., 112.

⁶⁵² MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático*, pp. 22 y ss.

⁶⁵³ BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, pp. 219 y ss.; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, pp. 42 y ss.; JESCHECK, *Tratado*, pp. 500 y ss.; ROXIN, *Derecho penal*, p. 971 y ss.

⁶⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático*, p. 102; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, p. 93; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 148.

En general, en estos supuestos se habla de motivos vinculados a la conveniencia u oportunidad, se añade también la falta de necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general y/o especial⁶⁵⁵.

La clasificación predominante de la doctrina es entre excusas absolutorias preexistentes y excusas absolutorias sobrevinientes.

En Alemania a las preexistentes se les denomina *causas personales de exclusión de la pena* (*Strafausschließungsgründe*). Por su parte, a las sobrevinientes se le considera causas de anulación de la pena (*Strafaufhebungsgründe*)⁶⁵⁶.

En España⁶⁵⁷ se habla de causas de exclusión de pena que concurren en el momento de la ejecución del hecho, imposibilitando el nacimiento de la punibilidad; y de causas de levantamiento de pena, que concurren con posterioridad a la realización del hecho, por lo que exoneran retroactivamente la punibilidad que ya había surgido. Estas últimas suponen la realización voluntaria de un comportamiento positivo por parte del sujeto activo de la conducta.

Además, dentro de las causas de levantamiento o anulación de la pena se puede distinguir entre las que provocan la total exención de la pena abstractamente prevista y las que únicamente conllevan la atenuación de la pena.

3.2.1 Causas de exclusión de la pena

Pertenecen a esta categoría de exclusión de pena por motivos personales, por ejemplo, el artículo 177 bis⁶⁵⁸ num. 11 CP que contempla la exención de pena para la víctima por los delitos que

⁶⁵⁵ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, pp. 191 y ss.

⁶⁵⁶ JESCHECK, *Tratado*, pp. 500 y ss.; ROXIN, *Derecho penal*, p. 791 4 y ss.; WOLTER, “Estudio sobre la dogmática...”, p. 60, no considera la distinción como relevante.

⁶⁵⁷ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, pp. 45 y ss., 60 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 92.

⁶⁵⁸ Trata de seres humanos.

pudiere cometer como consecuencia de la explotación y teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad; el artículo 225 bis⁶⁵⁹ num. 4 CP, que exime de pena al sustractor que haya comunicado el lugar de estancia del menor dentro de las veinticuatro horas siguientes al otro progenitor o al legalmente responsable y se comprometa a la devolución inmediata o cuando la ausencia sea de menos de veinticuatro horas; el artículo 454 CP⁶⁶⁰ que exime de pena a los encubridores de familiares dentro del círculo cercano.

Igualmente, la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP⁶⁶¹ que exime de responsabilidad criminal a los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y a los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

3.2.2 Causas de levantamiento de la pena

A este ámbito pertenecen también, siempre con la consecuencia de la impunidad de la participación y de la no vigencia de las reglas del error, por sucesos posteriores ajenos al hecho, el artículo 207 CP⁶⁶², que prevé la exención de pena cuando el acusado del delito de calumnia pruebe el hecho criminal que hubiere imputado; el artículo 218 num. 2 CP⁶⁶³, que exime de pena al responsable del matrimonio inválido si con posterioridad el matrimonio es convalidado; el artículo

⁶⁵⁹ Relativo a sustracción de menores dentro del capítulo de los delitos contra los derechos y deberes familiares.

⁶⁶⁰ Dentro del título de delitos contra la administración de justicia, el referente al encubrimiento.

⁶⁶¹ Excusa absolutoria de parentesco.

⁶⁶² Delito de calumnia. Prueba del hecho criminal.

⁶⁶³ Matrimonio inválido.

354 num. 2 CP⁶⁶⁴, que establece exención de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor; el artículo 426 CP⁶⁶⁵, que exime de pena al particular que denuncie el hecho dentro de los dos meses siguientes a su ocurrencia; el 462 CO⁶⁶⁶, que exime de pena a la persona que, antes de que se dicte sentencia en un proceso en el que hubiere prestado falso testimonio, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad; el 480 num. 1 CP⁶⁶⁷, que exime de pena a la persona implicada en un delito de rebelión que lo revele a tiempo; el 496 num. 2 CP⁶⁶⁸, que exime de pena al que injuriare gravemente a las cortes generales o a una asamblea legislativa de comunidad autónoma, en sesión, si prueba el hecho materia de injuria; y el 504 num. 2 CP⁶⁶⁹, que exime de pena al que injuriare a los ejércitos, clases o cuerpos y fuerzas de seguridad, si prueba el hecho materia de injuria; y el 549 CP⁶⁷⁰, que exime de pena a la persona implicada en un delito de rebelión que lo revele a tiempo.

3.2.3 Principales diferencias

Con base en su configuración, ambas causas de exclusión son ajenas tanto al injusto como a la culpabilidad⁶⁷¹. En las excusas absolutorias el hecho es generalmente punible excepto en los supuestos en los cuales concurren determinadas circunstancias (personales) que excluyen la imposición de la sanción penal, mientras que en las condiciones

⁶⁶⁴ El hecho de prender fuego sin que llegue a propagarse dentro del capítulo de los delitos de incendio.

⁶⁶⁵ Exención de cohecho por particular.

⁶⁶⁶ Excusa absoluta de retractación en el delito de falso testimonio.

⁶⁶⁷ Excusa absoluta en el delito de rebelión.

⁶⁶⁸ Relativo al delito de injurias graves a órganos legislativos.

⁶⁶⁹ Calumnias, injurias y amenazas graves contra las instituciones.

⁶⁷⁰ Excusa absoluta en el delito de sedición.

⁶⁷¹ JESCHECK, *Tratado*, pp. 452 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 91 y ss; 113 y ss.

objetivas de punibilidad el hecho típico, antijurídico y culpable no será punible para nadie si no concurre el elemento condicionantes.

Las excusas absolutorias se estructuran de forma negativa y son personales, con lo cual no es posible que se comunique a los demás coautores o partícipes. En tanto que las condiciones objetivas de punibilidad se estructuran de forma positiva y, como su nombre lo indica, tienen un carácter objetivo, por lo que su ausencia excluye la punibilidad en relación con los demás coautores y partícipes⁶⁷².

En todo caso, en presencia de cualquiera de las dos situaciones el delito se encuentra ya perfectamente estructurado y la aplicación de la pena se suspende por consideraciones fundamentalmente político-criminales.

Las condiciones objetivas de punibilidad son acontecimientos que no dependen de la voluntad del sujeto y pueden tener lugar antes, durante o después del hecho delictivo. En cambio, las excusas son comportamientos positivos y pueden ser voluntarios. Además, ocurren después de la configuración del injusto culpable.

En la configuración de las condiciones objetivas de punibilidad o de las causas de exclusión de la pena se tienen en cuenta intereses extrapenales (intereses generales de política jurídica, como por ejemplo, de política exterior, política económica o política parlamentaria) o determinadas finalidades jurídico-constitucionales (así, por ejemplo, determinadas finalidades específicas de política jurídico-procesal o preventivas), con lo cual se procede a excluir un hecho del sistema penal. Como afirma Wolter: “Lo que sucede es que el tercer nivel del sistema fija, desde consideraciones exclusivamente de intereses de política jurídica —que ya nada tienen que ver con el injusto y la culpabilidad— la frontera entre lo punible y lo no punible

⁶⁷² Sobre estas diferencias, véase: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, pp. 77 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 36 y ss.; JESCHECK, *Tratado*, pp. 765; MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático*, p. 102 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Las condiciones*, pp. 92 y ss., 116; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 148.

e inaugura definitivamente la facultad estatal de castigar mediante pena⁶⁷³.

4. EL SISTEMA PROCESAL PENAL COMO PROLONGACIÓN DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

En este nivel se estudia el hecho que ya ha sido considerado como injusto culpable merecedor y necesitado de pena y, por tanto, también reprochable desde el punto de vista ético-social, y materialmente punible desde consideraciones político-jurídicas. Solo hasta este momento es posible ver aplicado el principio de oportunidad, por lo que cabría excepcionalmente renunciar a la persecución penal cuando la concurrencia de los aspectos relevantes haga aparecer la culpabilidad como mínima y la existencia de una falta de interés público lo determine para el caso particular.

Para ello, las categorías anteriores han dado todos los elementos necesarios para el estudio del hecho materia de investigación, lo que ha permitido avanzar entre cada una de las categorías y, adicionalmente, en el momento de la verificación de los elementos que conforman el principio de oportunidad, se analizan los aspectos expuestos en el capítulo anterior para determinar el hecho como realizado efectivamente con culpabilidad mínima, y que se presente la falta del interés en su persecución.

En cuanto a uno de los componentes del principio de oportunidad, la culpabilidad mínima, se le ha relacionado con la antijuridicidad material, teniendo en cuenta que se entiende un hecho como materialmente antijurídico “en la medida en que ella plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales⁶⁷⁴”. Sin embargo, en este punto no se debe valorar ese daño o peligro desde el punto de vista naturalístico, sino la contradicción con el valor protegido por la

⁶⁷³ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, p. 36.

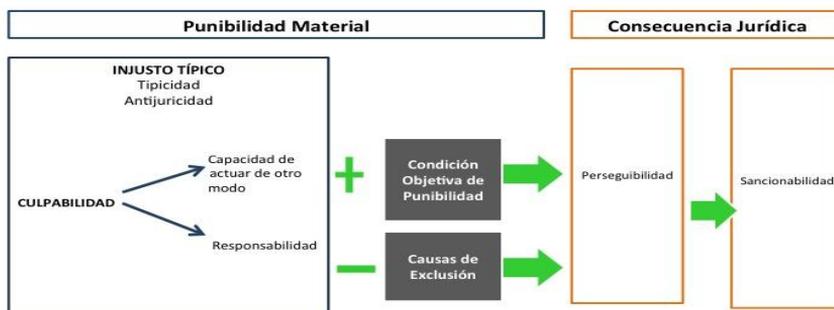
⁶⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 65.

norma, es decir, al analizar si efectivamente se causa una lesión real que perjudique de forma importante y sustancial el bien jurídico.

Así, el principio de oportunidad se aplicaría en casos donde se pueda determinar la existencia de un injusto culpable, merecedor de pena y necesitado de pena⁶⁷⁵. Sin embargo, esa posibilidad tan solo puede existir una vez se realice el estudio completo del hecho.

De esta forma, se podría entender el sistema integral de derecho penal (figura 5).

Figura 5. Sistema integral



Fuente: elaboración propia.

5. ¿EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PODRÍA LLEGAR A HACER EFECTIVA LA JUSTICIA MATERIAL?

Se considera desde el punto de vista de aquellos que abogan por relacionar el principio de oportunidad con la justicia material que este podría aplicarse en el ámbito del injusto culpable y merecedor de pena, como en el ámbito del injusto culpable merecedor y necesitado de

⁶⁷⁵ Véase: NAUCKE, en *FS für Maurach*, p. 203.

pena⁶⁷⁶, en aquellos casos que por su configuración se aproximan a las causas de justificación o de exclusión de la responsabilidad-culpabilidad, o a las causas de exclusión de la responsabilidad, o que se encuentran en un ámbito cercano al de las causas de exclusión de la pena, pero no se configuran todos los elementos⁶⁷⁷.

La idea que subyace a esta propuesta es que el principio de oportunidad podría llegar a hacer efectiva la justicia material en aquellos casos límites en los que la realización de un procedimiento se tornaría una carga injusta para el procesado.

Al respecto, además de las razones ya expuestas en cada nivel por las que considero no es posible ubicar el principio de oportunidad allí, entiendo que se presentan dos alternativas, una posición escéptica y una basada en el objetivismo moral.

Según la primera posición escéptica, los enunciados acerca de lo correcto, justo o bueno no tienen valor de verdad, por lo tanto, no hay un discurso racional en torno a estas cuestiones, todas son preferencias de los participantes en la discusión. Así las cosas, no es posible determinar objetivamente qué es lo correcto, justo o bueno, sino que lo máximo a lo que se puede aspirar es a reconducirlo a convecciones más o menos estables y difundidas, sin mayores pretensiones⁶⁷⁸.

Como ello es así, consagrar dentro del principio de oportunidad aquellos casos denominados de *justicia material* significaría ni más ni menos que dar una amplia discrecionalidad a los operadores jurídicos para que apliquen según sus preferencias particulares. Sin embargo, el requisito de consistencia de los ordenamientos jurídicos occidentales

⁶⁷⁶ BLOY, en *GA 1980*, p. 173.

⁶⁷⁷ WOLTER, “Estudio sobre la dogmática”, pp. 46 y 64. Es lo que sucede cuando el error de prohibición, aun no siendo invencible, tampoco es incomprensible. Cuando no se ha dado una situación de estado de necesidad o de legítima defensa, pero se puede valorar dicha situación. E, igualmente, en casos relativos a la penal natural que en Alemania son aquellos que se podrían enmarcar en el §60 StGB. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, p. 34.

⁶⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP 1996* p. 107.

no permite que estos operadores tengan semejante discrecionalidad, por lo que no sería posible que estos casos hagan parte.

Según la segunda posición, los enunciados sobre lo correcto, lo justo y lo bueno son susceptibles de verdad o falsedad. Por lo tanto, en principio, parece que hay buenas razones para no destinar recursos del sistema a asuntos injustos. De hecho, tengo más razones que en aquellos casos de culpabilidad mínima y falta de interés público, ya que allí donde el derecho está justificado moralmente es más prioritario. Entonces, el principio de oportunidad sí podría incluir dichos casos cercanos a las causas de justificación y de exclusión de la responsabilidad.

No obstante, esto es problemático, ya que al identificar lo que exige la moral, lo que es moralmente correcto, siempre se genera algún tipo de controversia, ya que no es de ninguna manera una tarea mecánica. Por el contrario, requiere de un proceso de argumentación, que implica diversas consideraciones, todas probable y lógicamente correctas para un determinado grupo de individuos, pero extensionalmente divergentes, lo que conlleva que se presenten serias discrepancias entre personas bien intencionadas. Además, como se trata de una evaluación jurídica, no se necesita aplicar una escala de valor moral o ético⁶⁷⁹. Por lo tanto, es necesario seleccionar algunas descripciones y descartar otras con algún criterio axiológico.

Dado que esos casos considerados de justicia material, por ser cercanos a las causas de justificación y de exclusión de la responsabilidad, si son numerosos, deben ser abordados por el legislador de manera general, en la medida en que la injusticia material al aplicar el Código Penal debe ser un fenómeno marginal.

Solo la admisión de una facultad de abstención de la acusación en casos predeterminados legalmente permite llevar a cabo un trato diferenciado de los hechos formalmente típicos, distinguiendo aquellos

⁶⁷⁹ Como afirmación de lo anterior, véase: KK-SCHOREIT, §153 StPO, nm. 17 y ss. En sentido contrario, véase: SCHMIDT, *Lehrkommentar*, Tomo II, §153 nm. 4; LR-RIESS, *StPO* §153 StPO, nm. 21; MEYER-GOSSNER, *StPO*, §153 StPO, nm. 4.

que tienen un contenido sustancial de antijuridicidad de aquellos otros en los que la antijuridicidad formal no se corresponde con la ausencia de una lesión valorable a un bien jurídico tutelable penalmente. Ello atendiendo a que la antijuridicidad material permite clasificar las afectaciones al bien jurídico entre las más y menos graves.

En conclusión, siendo un fenómeno marginal y envuelto en una gran controversia, hay razones para excluir los casos de justicia material del principio de oportunidad.

CAPÍTULO 6

JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Se puede decir que al referirse en general al sistema penal, se tiene presente que, como una invención humana propia de sociedades más o menos evolucionadas, se encuentra en permanente estado de creación, desarrollo y elaboración. En efecto, el proceso es producto de una construcción constante que, una vez creado, debe ser implementado paulatinamente. Al cabo de un tiempo, en su aplicación saltan a la vista sus falencias, empieza su crisis y comienza una nueva propuesta de mejora con su respectiva implementación.

Dentro de este devenir, en la historia se presentó la etapa que se inauguró con la Ilustración y que buscaba superar los procedimientos inquisitoriales, pues dadas las terribles circunstancias por las que se atravesaba en materia penal y los desmanes cometidos en el desarrollo del proceso penal de la época, se elaboró una propuesta de proceso que superara todas las inequidades sufridas hasta la fecha, que fuera respetuoso de las garantías del procesado, pero que, a su vez, proporcionara tranquilidad para la sociedad. En este proceso fue pieza angular el principio de legalidad en general que, en relación con el proceso penal, establecía que siempre frente a la hipótesis de la comisión de un hecho que presentare los caracteres de delito, debía ejercitarse obligatoriamente la acción penal, en nombre del Estado, por parte de los órganos a los que se atribuyera tal competencia.

Con la institución de este principio se buscaba, además de garantizar el principio de igualdad frente a discriminaciones que pudieran surgir, ya sea por razones políticas, económicas, sociales, religiosas o por motivos de género o raza, impedir la existencia de posibles arbitrariedades en el transcurso del proceso.

Era el establecimiento de un procedimiento en apariencia garantista, pero que, desde el germen de su creación, adolecía de un problema congénito. Es material y técnicamente imposible la persecución de todos los hechos con apariencia de delitos. No existe un Estado capaz de encargarse de esta misión. Sin embargo, las sociedades habían padecido de tal manera a raíz de las arbitrariedades de los regímenes estatales de toda índole, que era un clamor unánime desde todos los sectores de esta el que se dotara de unas mínimas condiciones de humanidad al proceso y de reglas claras. Y, sin duda, el principio de legalidad era una garantía y una conquista en el desarrollo no ya solo de la administración de justicia en el ámbito penal, sino de la civilización.

Pero en este punto se está hablando primordialmente del principio de legalidad como un todo, aquel que abarca no solo el ámbito procesal y el ámbito penal, sino que se aplica a todo el ordenamiento jurídico. Aquel que establece que todo debe estar determinado en la ley para que pueda ser exigido, el denominado *efecto habilitante de las normas*. Por ejemplo, en derecho administrativo, la vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico es el principio de legalidad.

En esas circunstancias, era totalmente inapropiado ver sus implicaciones procesales. Pero, con el paso del tiempo y con la aplicación sucesiva de los principios rectores del proceso penal, se empezó a vislumbrar el problema. Se había creado una institución imposible de llevar a la práctica pero que, dentro del derecho era imposible de desechar, por los avances que trajo consigo.

Desde entonces, se ha intentado remediar esta solución, recomponiendo el sistema, sabiendo de la importancia del principio de legalidad, pero al mismo tiempo, teniendo muy presente la imposibilidad de cualquier sistema de llevar a buen término su mandato en el nivel procesal.

Y en esa búsqueda de organizar de una manera adecuada el proceso penal es que surge el principio de oportunidad. En los países en que

primero se desarrolló el proceso penal garantista, se presentó también primero el problema de la existencia de un precepto imposible de llevar a cabo en la práctica, pero que estaba presente en el proceso y no podía ser desconocido. De ahí que, por ejemplo, en Francia, ya en 1826, una circular del Ministerio de Justicia hablaba de archivar los asuntos de poca significación para el orden público⁶⁸⁰.

Por su parte, Alemania, buscando alternativas a esa situación, en la segunda mitad del siglo XIX encontró el término *principio de oportunidad* para referirse a una solución a la estricta legalidad procesal.

Como ya se ha tenido oportunidad de explicar, el principio de oportunidad es una construcción alemana, que ha sido desarrollada históricamente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y que ha cobijado una serie de características disímiles. Asimismo, se ha podido comprobar cómo esta institución ha venido generando serios cuestionamientos, principalmente por los amplios poderes con que se dota al ministerio público y por la conformación de este principio con base en conceptos jurídicos indeterminados lo que, en criterio de algunos autores, puede ocasionar arbitrariedades.

En esta parte del trabajo se mostrará que existen razones tanto de política jurídica como relativas al análisis económico del proceso para contar con el principio de oportunidad, y que ello es coherente con el ordenamiento jurídico.

⁶⁸⁰ ARMENTA DEU, *Criminalidad*, p. 30, nota. 17 señala que en Francia la discrecionalidad alcanzó reconocimiento jurisprudencial a través de una sentencia de la “Chambre Criminelle” del Tribunal Supremo de 1826. Y que dos años más tarde se emitió una circular que declaraba “Il appartient au ministere public d’examiner librement s’il ya lieu ou non de donner suite aux denóniations que lui son portées [...]”. DESPORTES/LAZERGES-COUSQUE, *Traité*, p. 716.

I. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad permite el archivo de procedimientos de investigación a pesar de la existencia de pruebas suficientes de la comisión de un hecho delictivo. La decisión del legislador se basa en el conocimiento común de que, de manera frecuente, existen situaciones delictuales en las cuales no es razonable seguir el procedimiento hasta el final.

Sin embargo, en este punto entran a considerarse las exigencias de un Estado de derecho con la terminación del proceso mediante el principio de oportunidad. Teniendo en cuenta que el ministerio público tiene por misión promover la acción penal en defensa de la legalidad procesal, se le imposibilitaría, ante la existencia de un hecho con características para ser considerado como delito, en el que consta la participación de un autor, que procediera a un archivo por razón de descarga de la maquinaria judicial. Y eso es lo que sucede con el principio de oportunidad, figura que, según sus críticos, ha nacido no para perfeccionar humana o técnicamente a la justicia penal, sino para aligerar el número de casos que llegan hasta los tribunales.

Desde el surgimiento del proceso penal contemporáneo, se ha venido analizando la creación de limitaciones a la utópica aplicación estricta y rigurosa del principio de legalidad procesal. Sin embargo, una vez fueron introducidos criterios de oportunidad, no han faltado críticas desde diversos ámbitos. Principalmente, se considera que su introducción fue eminentemente coyuntural y por razones de eficacia inmediata y a corto plazo, sin detenerse a analizar los costes para el proceso⁶⁸¹, con lo que se resquebrajó el debido proceso penal. En las siguientes páginas expondré las más relevantes críticas, relacionadas consecuentemente con los principios constitucionales, y trataré de

⁶⁸¹ HASSEMER, *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, al señalar los presupuestos para una opción, considera como injustificado desde el punto de vista político-criminal buscar el beneficio inmediato olvidando los perjuicios que acarrea la aplicación del derecho conforme a la oportunidad.

darles una respuesta adecuada. Posteriormente, haré lo propio con algunas críticas adicionales de tipo procesal.

1. ANÁLISIS DE CRÍTICAS RELATIVAS A ASPECTOS CONSTITUCIONALES

En primer lugar, existen reparos al principio de oportunidad que se sustentan en el hecho de que con su introducción se estarían violando principios constitucionales⁶⁸².

1.1 *Análisis sobre la vulneración del principio de igualdad*

Se considera que la utilización de conceptos indeterminados posibilita una aplicación muy diversa del principio de oportunidad por parte del ministerio público, lo que llevaría a desigualdades en la aplicación del derecho⁶⁸³. Con ello se conculcaría el principio de igualdad contemplado en el artículo 14 CE⁶⁸⁴.

Adicionalmente se señala que, al aceptarse este principio de oportunidad, se estaría, de alguna manera, dando carta de naturaleza a esa arbitrariedad institucionalizada, al aceptarse la aplicación de desigualdades jurídicas establecidas⁶⁸⁵.

⁶⁸² DENCKER, en *JZ* (1973), p. 147; HANACK, en *FS für Gallas*, p. 347.

⁶⁸³ WAGNER, *Zum Legalitätsprinzip*, pp. 173 y ss.; POTT, *Ausserkraftsetzung*, pp. 13 y ss.

⁶⁸⁴ “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” ARMENTA DEU, *Lecciones*, p. 34.

⁶⁸⁵ ARMENTA DEU, *Lecciones*, p. 34. La oportunidad es consecuencia de una dejación constitucional previa (que para algunos debería obviarse con una mejor institucionalización democrática y representativa como también del subsiguiente aparato administrativo) que se intenta paliar con una mayor desconstitucionalización. Sería aceptable un planteamiento tópico, pero siempre por motivos externos que en modo alguno podrían institucionalizarse.

En relación con esta objeción, se considera que la proporcionalidad⁶⁸⁶ opera como criterio corrector en el caso concreto, con miras a la aplicación de la Constitución, y más claramente, a la realización del principio de igualdad. Teniendo en cuenta que el principio de oportunidad busca, entre otras cosas, alcanzar un mayor grado de eficacia en la administración de justicia, su mantenimiento se encuentra en concordancia con el principio de proporcionalidad junto con el de igualdad, ya que ambos principios son de justicia material⁶⁸⁷. Dichos principios buscan garantizar que no se introduzcan diferenciaciones en el ordenamiento jurídico o que, si se introducen, que estas tengan una justificación objetiva.

En el caso individual, el ministerio público, sometido a la constitución y la ley⁶⁸⁸, al aplicar el principio de oportunidad, garantiza la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesarias o excesivas que graven al ciudadano más de lo que es indispensable para la protección de los intereses públicos⁶⁸⁹, exigencia propia de un Estado de derecho. Esto, acorde con los principios de igualdad y de proporcionalidad que garantizan que el objetivo perseguido no sea contrario a los bienes constitucionalmente protegidos, como, asimismo, que los medios, siendo aptos para la consecución del fin, sean necesarios, en el sentido de que no pueda alcanzarse idéntico resultado con otros menos gravosos. Para la proporcionalidad, las

⁶⁸⁶ La proporcionalidad se entiende manifiesta cuando “el medio previsto por el legislador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el fin propuesto. Un medio es adecuado cuando a través de él puede lograrse el resultado apetecido; es exigible cuando el legislador no habría podido elegir un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental” BVerfGE (30, 292). Asimismo, véase: GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos*, pp. 75 y ss.; MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad”, pp. 70-74.

⁶⁸⁷ LARENZ, *Derecho justo*, p. 138. Para una afirmación de la necesidad de buscar la justicia material, véase: RADBRUCH/SCHMIDT/WELZEL, *Derecho injusto, passim*.

⁶⁸⁸ Ya que solo desde su vinculación a la ley tiene sentido su independencia y el desarrollo de sus potestades, dentro de las cuales se encuentra la aplicación del principio de oportunidad.

⁶⁸⁹ Véase: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, passim*.

cargas resultantes para cada afectado deben estar en razonable relación con los beneficios propios y los de la comunidad⁶⁹⁰.

Adicionalmente, la propia existencia del principio de oportunidad permite regularizar la práctica desnormativizada. De hecho, lo que sí es contrario al principio de igualdad ante la ley es la inexistencia de pautas objetivas, establecidas legislativamente y denominadas ampliamente como *principio de oportunidad*, que permitan conscientemente y no por imposición fáctica o por el criterio subjetivo del funcionario, la determinación de qué hechos ameritan pasar a juicio: cuáles no deben ser instados o sustraídos de la esfera del derecho penal.

1.2 Análisis sobre la vulneración del principio de legalidad

Partiendo de que un Estado democrático de derecho está sometido al imperio de la ley y que, en materia penal, ello implica que el principio de legalidad contenga como exigencias prioritarias las de claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas, así como de las sanciones aplicables, la indeterminación que supone la aceptación de este principio de oportunidad violaría dicho principio de taxatividad establecido en el artículo 25.1⁶⁹¹ y el mandato de determinación, al utilizar conceptos vagos e imprecisos.

Con ello se vulneraría el principio de legalidad, concretamente en lo referente a la seguridad jurídica, pues se impediría prever al ciudadano las consecuencias de su delito. De hecho, afirman, la seguridad jurídica se erosiona por la falta de previsibilidad y generalidad consustanciales al principio de oportunidad. Las cláusulas generales de este principio reforzarían la preindeterminación y la discriminación jurídica.

⁶⁹⁰ Así, véase: GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos*, pp. 75 y ss.

⁶⁹¹ “Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento [...]”.

Añaden los críticos que, mientras los criterios no se especifiquen de forma clara, existe la posibilidad de incrementar la inseguridad jurídica⁶⁹². Con ello, la confianza de la ciudadanía se vería mermada y traería como consecuencia negativa adicional una falta de sentimiento de seguridad y una ausencia de credibilidad en el sistema, lo que afecta el punto de vista de la prevención general⁶⁹³. En la confianza se erige la supervivencia de la administración de justicia y la exclusión de la autodefensa.

Al respecto, se considera que, en efecto, al estar sometido un Estado social y democrático de derecho al imperio de la ley, es necesario que se establezcan en la misma ley las posibilidades en las cuales se puede aplicar una solución diferenciada. Sin embargo, precisamente su existencia permite acatar el principio de determinación constitucional y ser congruente con el ordenamiento jurídico, mediante la incorporación legal de la forma en que se debe proceder en aquellos casos que no ameritan la realización de un procedimiento formal. Ello, de por sí, lejos de ser impreciso, permite aplicar esta situación para variadas posibilidades y ajustarse a una sociedad compleja y cambiante. Con este tipo de soluciones que conforman al principio de oportunidad, lejos de violar al principio de legalidad, lo que se hace es complementarlo pero a nivel procedimental⁶⁹⁴. Así las cosas, el principio de legalidad procesal junto con el principio de oportunidad crean las condiciones para una correcta aplicación del procedimiento ajustada a las circunstancias variables. De esta manera, lo que se busca es crear mecanismos para

⁶⁹² Por ejemplo, en relación con las dosis de consumo del *cannabis*, no se ha podido concertar en los estados federados alemanes una definición común de *pequeñas dosis*. Véase: SCHÄFER/PAOLA, *Drogenkonsum und Strafverfolgungspraxis: eine Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Anwendung des §31 a BtMG und anderer Opportunitätsvorschriften auf Drogenkonsumentendelikte*, pp. 379 y ss., 391.

⁶⁹³ Entre otros, véase: BAUMANN, *FS für Peters*, p. 4.

⁶⁹⁴ El tribunal alemán de hecho considera que la solución procesal no es contraria al principio constitucional que deriva del artículo 103.2 GG, que no es otro que el principio de legalidad, y más concretamente, la garantía penal, y que tampoco es contraria al principio de taxatividad, véase: BVerfGE 90, 145, 191.

una aplicación adecuada del sistema penal en la sociedad. Los ciudadanos tienen claridad de que su actuar debe estar ajustado a derecho, como se sustenta en el principio de legalidad. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales sus actuaciones sean susceptibles de entrar al sistema penal, se aplicará una investigación integral y fruto de esta, y de acuerdo con lo establecido legalmente con base en el principio de legalidad, se podrá optar por la realización del procedimiento o por su archivo, dependiendo de las condiciones del hecho. Todo lo anterior de acuerdo con la ley, con lo cual, la sociedad sabe a ciencia cierta cómo será el procedimiento.

1.3 *Análisis sobre la vulneración del mandato de determinación*

En los supuestos de aplicación del principio de oportunidad no se establece exactamente cuándo se ofrece la introducción de esta posibilidad, ni en qué espectro del derecho se encuentran situaciones aptas para emplearlo⁶⁹⁵. Los conceptos jurídicos indeterminados *insignificancia de la culpabilidad del autor* y *falta de interés público*, más que dar claridad, hacen que permanezca el ámbito de regulación rodeado de confusión. No es posible calcular cuándo se va a utilizar el principio de oportunidad⁶⁹⁶. Von Lizst consideraba que estando lo más taxativamente previsto, el principio de oportunidad posibilitaría, en atención a la clase e intensidad de la lesión y del bien jurídico afectado, no perseguir determinadas conductas⁶⁹⁷.

Por el contrario, según lo establecido constitucionalmente en el artículo 25 CE, solo se permite la imposición de una sanción si la pena específica ha sido estipulada legalmente antes de que la acción se cometa. Una ley penal tiene que estar por ello formulada también en

⁶⁹⁵ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatelprinzip*, p. 90.

⁶⁹⁶ RÖSSNER, *Bagatelldiebstahl und Verbrechenkontrolle*, p. 217.

⁶⁹⁷ Igualmente, este autor propugnaba por reformar las penas cortas de privación de la libertad que no corrigen, ni intimidan, ni son inocuas, pero que al delincuente primario sí lo orientan por el camino del crimen.

su contenido y se tiene que conocer su alcance y ámbito de empleo⁶⁹⁸. Cada uno debe poder prever qué actuación está amenazada con cuál castigo para poder ajustar su comportamiento según ello⁶⁹⁹. Por ello, se considera que el principio de oportunidad es una medida individual no calculable, cuyo contenido es inédito y desconocido⁷⁰⁰. No solo la incertidumbre sobre las condiciones de empleo del principio de oportunidad, sino también el ejercicio imprevisible de la opinión conducen a la vaguedad.

Además de lo anterior, para los críticos, el legislador incurre, entonces, en una contradicción si establece la sanción en el derecho material como consecuencia forzosa del delito, y junto a ello, en la misma legislación, introduce al principio de oportunidad revestido en forma de prescripciones excepcionales facultativas⁷⁰¹ en cabeza del ministerio público, recubiertas y ocultas en el derecho procesal⁷⁰². Hubiera sido más consecuente que si el legislador se decidió a descriminalizar la delincuencia de bagatela, esta decisión se hubiera hecho mediante normas materiales de obligatorio cumplimiento, aplicables en general, previsibles y esperables⁷⁰³.

Ahora bien, frente a estas críticas que se dirigen principalmente a la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados, se debe responder que es precisamente su utilización la que ayuda a solventar de manera adecuada los casos que pueden ser susceptibles de aplicación del principio de oportunidad. Ello por cuanto los conceptos jurídicos indeterminados son algo completamente distinto de la discrecionalidad. La discrecionalidad implica una pluralidad de soluciones igualmente justas o indiferentes jurídicamente, por lo que

⁶⁹⁸ BVerfGE 25, 269 (285).

⁶⁹⁹ BGHSt 23, 163 y ss.; Kunz, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 90.

⁷⁰⁰ BACKES, *Strafrecht als Sozialwissenschaft*, p. 323.

⁷⁰¹ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 91 y ss.

⁷⁰² KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 90; Bundestags-Drucksache VI/3250, p. 236; VII/550, p. 247.

⁷⁰³ KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, pp. 157 y ss.

no impone una solución. En cambio, en los conceptos jurídicos indeterminados existe una única solución adecuada.

Por ende, en el principio de oportunidad no se está, como muchos afirman, ante un poder discrecional del ministerio público que le dé libertad para elegir con criterios de oportunidad, sino precisamente ante la necesidad de encontrar la única solución ajustada al hecho. La *inexistencia de interés público en la persecución* y la *culpabilidad ínfima* son conceptos jurídicos indeterminados que como tales, admiten una única solución adecuada: o la culpabilidad es ínfima o no lo es; existe interés público en la persecución o no existe. Solo hay una solución adecuada, pues no es jurídicamente indiferente que se persiga o no un delito.

De esta forma, tanto en el principio de oportunidad como en el principio de legalidad se exige que la no persecución del delito tenga lugar precisamente en aplicación de los criterios establecidos por el legislador. Y tales criterios son claramente los conceptos jurídicos indeterminados. Esta forma de proceder del legislador es adecuada político-criminalmente, ya que oculta el volumen de la criminalización por motivos sobre todo preventivos generales para mantener invariable, mediante normas materiales, el juicio de disvalor general sobre los delitos susceptibles de aplicación del principio de oportunidad. Así no se disminuye el umbral en el que se debe frenar ante tales hechos⁷⁰⁴. Las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados representarían los remedios técnicos de ley para ello⁷⁰⁵. Y el marco de decisión se puede obtener gracias a un derecho material detallado, uniforme, una mayor regularidad del empleo, que ayudan a un más alto grado de determinabilidad.

Adicionalmente, el individuo sabe que la penalidad material se amplía solo en el círculo de las consecuencias del delito. Esto en verdad vale también en el estadio de las consecuencias jurídicas, donde el mandato de determinación para la consecuencia jurídica es para el

⁷⁰⁴ NAUCKE, en *KritV* 1986, pp. 189 y ss., 201 y ss.

⁷⁰⁵ ALBRECHT, *Informalisierung des Rechts*, p. 8.

interesado de importancia esencial. Sin embargo, valen exigencias menos severas que en el hecho⁷⁰⁶, porque por la determinación del hecho, el interesado conoce la consecuencia. El resultado, en cambio, es decir, efectivamente qué consecuencia puntual se le impondrá, es algo que puede ser bastante indeterminado. Se debe dejar una libertad de movimiento suficiente para las consideraciones de cada caso.

1.4 Análisis sobre la vulneración del principio de separación de poderes

Además, se considera que se infringe el principio de separación de poderes⁷⁰⁷ y la garantía constitucional en virtud de la cual la atribución exclusiva de la resolución de casos reside en los órganos jurisdiccionales de la administración de justicia⁷⁰⁸, cuando es el ministerio público el que decide cuáles debe perseguir y en cuáles se abstiene de hacerlo.

Esta violación en la división de poderes se presentaría en una doble relación: poder legislativo-poder ejecutivo, por un lado, y poder ejecutivo-poder jurisdiccional, por otro.

En el primer caso, ocurre cuando el ministerio público considera qué hechos merecen ser tratados como delitos y, por ende, sujetos a persecución, y cuáles no, pasando por encima del poder legislativo que es el único que puede tipificar conductas como delitos.

Lo anterior entendiendo que el ministerio público tiene la competencia para decidir a partir de cuándo se alcanza “cierto grado de gravedad” que hace imprescindible una sanción penal. Por ello, se

⁷⁰⁶ Véase: KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, pp. 159 y ss.; STREE, *Deliktsfolgen*, pp. 23 y ss., con referencias; BGHSt 13, 190 (191).

⁷⁰⁷ POTT, *Ausserkraftsetzung*, pp. 11 y ss.; 151 y ss.; FALLER, *FS für Maunz*, 1971, pp. 85 y ss.; HEYDEN, *Begriff*, pp. 9 y ss.

⁷⁰⁸ “Artículo 117 [...] 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan [...]”.

indica que posiblemente se está frente a una usurpación en la esfera de acción del ministerio público. Principalmente, porque es el ministerio público el que determina dónde comienza el dominio de los jueces, cuando debería ser la ley la que estableciera dónde comienza la tarea del juez⁷⁰⁹.

Sin embargo, una resolución previa por parte del ministerio público ya se prevé en caso de archivo por falta de consideraciones para ver un hecho como delictivo. Si fuera necesaria todavía una aclaración mayor para proceder a un archivo, se realizarán investigaciones adicionales, al final de las cuales, se decidirá, según el caso, entre el archivo del procedimiento o la acusación. Es en esta área que se da el archivo por falta de demostrabilidad. Y, por ende, en aquellas situaciones donde no se percibe ninguna culpabilidad, o bien, ningún delito, se pueden hallar las diferencias en la libertad dada al fiscal, junto con aquellos casos de archivo por insignificancia. Pero esto solo se puede ver gradualmente⁷¹⁰.

Un archivo del proceso a causa de insignificancia no representa pues ninguna “ruptura de sistema”, sino que es una pieza de un sistema graduado de reacciones ante comportamientos que difieren y del castigo legalmente establecido situado más adelante⁷¹¹. Resulta de ello, entonces, la admisibilidad y procedencia legal y constitucional⁷¹².

En el segundo caso, porque el ministerio público no está todavía ni legitimado democráticamente, ni forma parte de la independencia judicial⁷¹³, como para que se encargue de situaciones de derecho penal y para que ejerza una verdadera jurisdicción penal, lo que significa una

⁷⁰⁹ KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p. 141.

⁷¹⁰ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 108 y ss.

⁷¹¹ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 113.

⁷¹² Y junto con ello, un entendimiento de su existencia a nivel político-criminal. Riess considera que hace falta más para su aceptación en ese nivel, véase: RIESS, en *Es Für Schäfer*, p. 199.

⁷¹³ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 80 y ss.

infracción del artículo 117 CE⁷¹⁴, según el cual, el poder jurisdiccional y, por ende, la jurisdicción penal, le es confiada a los jueces.

En este segundo caso, la posible violación de la división de poderes se debe analizar en dos momentos procesales: en la etapa de investigación y en el momento de imponer sanciones penales.

Por ejemplo, en Alemania su Tribunal Constitucional Federal no considera que se esté ante una ruptura parcial del principio de división de poderes (principio de separación de poderes), pues las fronteras, aunque reducidas, no permiten que las tareas judiciales se sobrepasen. Esta reserva al poder judicial les significa una serie de tareas a los jueces, asignadas por la Constitución en el área de la justicia penal, que se mantiene. Al legislador le está totalmente prohibido, según la voluntad establecida en la Constitución, cambiar la competencia del poder judicial en lo que al núcleo del derecho penal se refiere. En relación con la etapa de investigación, las decisiones acerca de la admisibilidad y continuación de una medida privativa de la libertad, así como medidas referentes a registro y, en general, afectación de los derechos fundamentales, permanece reservada exclusivamente a los jueces⁷¹⁵, que es el fundamento de la división de poderes. Estos límites se encuentran en la Constitución alemana en los artículos 104 II fr. 1 y 13 II GG⁷¹⁶.

Este núcleo se extiende, según opinión del Tribunal Constitucional alemán⁷¹⁷, al área de la competencia de imposición de sanciones

⁷¹⁴ Por todos, para el caso alemán, véase: KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, pp. 43 y ss.

⁷¹⁵ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 85 y ss.

⁷¹⁶ “Art. 104 GG [...] II fr. 1. Sólo el juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad”. “Art. 13 GG [...] II. Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas” BVerfGE 7, 183 y ss., (188); más sobre la posición del Tribunal en relación con el principio de división de poderes en BVerfGE 3, 225 y ss., (247): 34, 52 y ss. (59); BVerfGE 22, 49 (73); 22, 125 (131); 22, 311 (317).

⁷¹⁷ BVerfGE 22, 49 (80).

penales⁷¹⁸. La sanción penal es aquello que se califica según el derecho penal como castigo⁷¹⁹.

Por ejemplo, la pena pecuniaria es un castigo que implica un juicio de disvalor, cuyo registro tiene como consecuencia la existencia de un antecedente penal⁷²⁰. Por lo anterior es que una pena pecuniaria únicamente puede ser impuesta por una decisión judicial⁷²¹. En todo caso, según opinión del Tribunal Constitucional alemán, el legislador puede transmitir la competencia para imponer sanciones en delitos contra el orden⁷²², en caso de amonestaciones⁷²³, penas de tipo disciplinario⁷²⁴, y en casos de otros reproches de comportamiento irresponsable⁷²⁵ realizados de forma culpable a órganos no judiciales⁷²⁶.

2. ANÁLISIS DE CRÍTICAS RELATIVAS A ASPECTOS PROCESALES

Consideraciones contra los supuestos de aplicación del principio de oportunidad se dan igualmente en ámbitos no constitucionales.

Aquí las críticas se han centrado específicamente en la forma de su realización. Lo correcto, afirman sus críticos, es que el ministerio público, dentro de sus funciones procesales y propias de la etapa de investigación⁷²⁷, actuando bajo los postulados de legalidad e imparcialidad, a los que tiene que supeditarse, los de unidad de gestión y dependencia jerárquica y después de examinar cuidadosamente el

⁷¹⁸ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 85y ss.

⁷¹⁹ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 86.

⁷²⁰ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 86.

⁷²¹ BVerfGE 22, 49 (80).

⁷²² BVerfGE 8, 197 (20); 22, 49 (81).

⁷²³ BVerfGE 22, 125 (131).

⁷²⁴ BVerfGE 22, 311 (317).

⁷²⁵ BVerfGE 12, 264 (274).

⁷²⁶ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 86.

⁷²⁷ Sobre los pros y los contra de la figura del fiscal instructor, véase: GÓMEZ COLOMER, en *Justicia*, 96, pp. 259 y ss.

material probatorio con el que cuenta, pida un sobreseimiento al juez por no aparecer suficientemente acreditado el hecho punible o quiénes sean los correspondientes partícipes, o porque aquel no reviste los caracteres del delito o en los intervinientes no concurren las exigencias del tipo.

Algo distinto es que, establecido el hecho y el autor, se le conceda la facultad al ministerio público, como entidad dispuesta para investigar la existencia de los delitos y perseguir a sus autores, de ejercitar o no la acción penal correspondiente, en función de criterios indeterminados, lo que acarrearía en la población sentimientos de inseguridad y sensación de injusticia. El Estado no puede eludir su deber de investigar, acusar y juzgar los delitos que lleguen a su conocimiento. No puede incumplir su deber de impartir justicia en la forma jurídicamente regulada, pues de ese modo sería inconsecuente con el carácter constitutivo del ordenamiento jurídico⁷²⁸.

En cuanto al sujeto procesal encargado de aplicar este principio, el ministerio público, también se han levantado voces en contra, que no admiten el que se le conceda ese aumento en sus facultades⁷²⁹. Y ello en el caso de las consideraciones de oportunidad prevalece, pues el ministerio puede decidir sobre el archivo del proceso, inclusive sin exigir posterior ratificación judicial. Y, además, existen casos en los que ni siquiera es preciso recabar la conformidad del órgano judicial, atribuyendo al ministerio público discrecionalidad respecto a la imposición de sanciones, lo que impone, de este modo, una función limitada al poder judicial.

Eso tiene, consideran sus críticos, síntomas involutivos en cuanto termina la función diferenciada entre órgano acusador y juzgador. Con estas facultades, el ministerio público se convierte en el único facultado para la iniciación de la actividad jurisdiccional penal y para su conclusión por un acto distinto a la sentencia. Se considera que, para

⁷²⁸ Por todos, véase: MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, Tomo III, pp. 22 y ss.; DE LA OLIVA, *El proceso penal*, pp. 22 y ss.

⁷²⁹ GÓMEZ COLOMER, en *Justicia*, 96, pp. 259 y ss.

cualquier disposición de la acción penal, debe existir un examen judicial para controlar cómo y desde qué presupuestos se da la aplicación por parte del ministerio público⁷³⁰, por lo que este es particularmente cuidadoso en el tratamiento de los casos al aplicar los supuestos de aplicación del principio de oportunidad⁷³¹. Con este trastrocamiento, el juez, encargado de impartir justicia, es desplazado por el ministerio público, el cual decidiría tanto sobre el inicio del proceso como sobre su conclusión. Con ello se reduciría el ejercicio jurisdiccional según decisiones propias del ejecutivo, y se vulneraría la división de poderes y, de paso, se le entregaría al ministerio público la capacidad de derogar tácitamente las normas penales, al poder prescindir de la persecución y proceder al archivo⁷³².

Especialmente inquietante para un sector de la literatura aparece la falta de un contrapeso a la amplia entrega del poder al ministerio público, que podría haberse compensado con una instancia de control judicial o la existencia de la denuncia privada subsidiaria (para la omnipotencia del ministerio público)⁷³³. Desde su creación, autores como Mannheim han considerado que con el principio de oportunidad se han eliminado las válvulas de seguridad que existían en el derecho penal bajo el dominio del principio de legalidad procesal para la protección contra abusos del ministerio público.

No se introducía ni una acción privada subsidiaria, ni siquiera una acción popular como contrapeso a las nuevas facultades dadas al ministerio público. Como consecuencia de un manejo arbitrario de las posibilidades de archivo sin posibilidades de control o bien de protección jurídica, sus críticos temían la inseguridad jurídica y la

⁷³⁰ TERBACH, en *NSIZ* (1998), p. 172.

⁷³¹ SCHRÖDER, en *FS für Peters*, p. 418.

⁷³² SANTANA VEGA, en *ADPCP*, 1994, pp. 133 y ss.

⁷³³ MANNHEIM, en *JW* (1924), pp. 1646 y ss.; ROSENBERG, en *DJZ* (1924), pp. 260 y ss.

conmoción en la confianza de una administración de justicia imparcial en el ámbito penal⁷³⁴.

Otra de las críticas se centra principalmente en la decisión tomada por el legislador de trasladar el problema de la descriminalización al derecho procesal, en vez de mantenerla en el ámbito penal, a través de una norma procesal muy poco delimitada en cuanto a las condiciones de su aplicación⁷³⁵. Ello genera que se renuncie a los logros del derecho penal en el ámbito de la tipificación y determinación legal de responsabilidades, pues las consecuencias jurídicas ligadas a la concreta acusación, que pueden ser variadas, son exclusivamente del resorte del derecho sustantivo penal y no del procesal.

Por ello existen grandes inconvenientes contra esta institución, ya que la descriminalización es un problema jurídico material y tiene que generarse por el legislador, ya sea mediante la disminución de tipos penales o la conversión de hechos punibles en infracciones al orden administrativo, por lo que una función de este tipo no debe cargarse al ministerio público. Sin embargo, es cierto que los límites entre el derecho penal material y el derecho procesal penal son fluidos, como lo demuestran las instituciones de los presupuestos procesales y la prescripción. Si la exigencia de descriminalización no puede quedar limitada al ámbito jurídico-material, tampoco se ve por qué ya en el transcurso del procedimiento penal, con la cuestión de la culpabilidad abierta, aun sin absolución formal, no se deba pretender la descriminalización especial y con ello la resocialización. La cancelación de un antecedente penal en el registro significa una de las medidas especiales esenciales descriminalizadoras, una medida que pertenece al derecho procesal.

⁷³⁴ DRUCKER, en *JW* (1924), pp. 241 ss; SCHIMMACK, en *JW* (1924), pp. 1660 y ss.; MANNHEIM, en *JW* (1924), pp. 1646 y ss.

⁷³⁵ Esto ya se tuvo oportunidad de analizar al finalizar el capítulo IV. Véase: LR-RIESS, StPO §153 StPO, nm. 4, también se reconoce que en caso de soluciones materiales al problema de la criminalidad de bagatela no se puede renunciar a normas procesales un tanto oscilantes. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, pp. 204 y ss.

En todo caso, una reforma penal material no puede tener como fin último descargar de trabajo a los tribunales. La auténtica motivación de una despenalización es la ausencia de una valoración negativa o de rechazo social respecto de una determinada conducta.

Adicionalmente existen críticas como las siguientes: abierta la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, existe el peligro de que los participantes sucumban a la tentación de tratar de hacer su el trabajo lo más fácil posible. En el caso del ministerio público y del defensor —a diferencia del procedimiento normal— se ven ahora ambos con las mismas posiciones de interés. Esa terminación rápida y el tratamiento generoso del caso es algo que podría funcionar creando un beneficio tanto para el fiscal del caso como para el defensor⁷³⁶. El defensor, de hecho, tendría frecuentemente, en estos casos, la ocasión de presentar la solución como la más afortunada de las posibles: el caso se despachó de una manera rápida, ágil y no se impuso ninguna condena⁷³⁷.

Este peligro no se puede negar. Sin embargo, se tiene que considerar de fondo que el Estado dispone solo de medios financieros limitados. Por ende, solamente puede encargarse de un número específico de fiscales. El ministerio público, por lo tanto, trabaja con una limitada planta de personal para encargarse de las indagaciones urgentes y los trabajos de persecución que le lleguen, sin buscar resolver el problema con más personal. Y ello es así porque no puede ser el objetivo de un Estado constitucional aumentar su aparato de procesamiento penal indefinidamente como ocurre con la delincuencia.

Un número limitado de personas se enfrenta, sin embargo, a una infinidad de delitos de todo tipo. Por eso, es apenas natural que, en vista de la carga, el fiscal por comodidad o incluso también por

⁷³⁶ Por todos, véase: SANTANA VEGA, en *ADPCP*, 1994, pp. 120 y ss.; SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss., 531.

⁷³⁷ SANTANA VEGA, en *ADPCP*, 1994, pp. 120 y ss.; SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss., 531.

autoprotección, de la montaña de procedimientos que tiene, saque aquellos de menor dificultad, disminuyendo la cantidad de trabajo represado. De hecho, puede que opte por encargarse especialmente de la criminalidad de bagatela para agilizar su trabajo y evitar las acumulaciones.

Esto conduce, sin embargo, a que aquellos procedimientos difíciles y laboriosos permanezcan forzosamente en trámite. Ello, mientras los medios probatorios se pierden por el transcurso del tiempo, lo que lleva a que a veces se presente el fenómeno de la prescripción, precisamente en tales delitos que tienen efectos más nocivos que las llamadas *bagatelas*.

Para evitar esto, la posibilidad más coherente que tienen a mano los fiscales es terminar con aquellos delitos más pequeños y más insignificantes rápidamente y de forma sencilla, para tener mayor tiempo para los trabajos más importantes.

Los criterios de oportunidad representan una posibilidad para ello. Otra sería la descriminalización, con la consecuencia de que el ministerio público no tendría ya que perseguirlos.

Sobre ello, ya también se ha tenido oportunidad de exponer en el capítulo III y IV, por lo cual remito allí para ver mi argumentación.

3. CRÍTICAS AL ARCHIVO CON CONDICIONES

Las principales críticas se han centrado en el supuesto de archivo con condiciones que se encuentra en el §153a de la StPO alemana. Por lo mismo, en esta parte del análisis de críticas se expondrán las relacionadas con aquel.

Efectivamente, desde su introducción en la legislación alemana, el §153a StPO ha encontrado sobre todo rechazo⁷³⁸. Ya durante el

⁷³⁸ Críticos sobre el §153a StPO: ARZT, en *JuS* (1974), pp. 693 y ss., 695; el mismo en *JZ* (1976), pp. 54 y ss.; BAUMANN, en *ZRP* (1972), pp. 273 y ss.; el mismo en *FS für Peters*, pp. y 3 ss.; el mismo en *ZRP* (1976), pp. 269 y ss.; el mismo en *GS für*

proceso legislativo, explicaba Hanack que la prescripción causaba, entre otras cosas: una pérdida en la seguridad jurídica, un peligro al principio de Estado social y una limitación a las garantías que se desprenden de la audiencia oral y pública ante un tribunal que reconoce y analiza los puntos de vista preventivos generales y preventivos especiales⁷³⁹. Adicionalmente, temía el tratamiento desigual al que conducía esta preferencia: no solo los investigados más acaudalados serían beneficiados con mejores condiciones, sino que también se abriría la puerta para que los fiscales, pudiendo ahorrar trabajo y tiempo, se vieran influenciados a ampliar los archivos, incluso en casos de gran complejidad, por ejemplo, en delitos contra el patrimonio, donde sería más fácil archivar de esta forma, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido⁷⁴⁰.

Una vez introducido en la legislación, las críticas se centraban sobre todo en la mayor limitación del principio de legalidad procesal que se producía⁷⁴¹. Para Schmidhäuser, se había tomado entonces un paso decisivo: fuera de la calculabilidad posible y de la garantía de seguridad jurídica de un procedimiento, se vislumbraba con su entrada un inicio

Schröder, pp. 522 y ss., 527, 530; BERCKHAUER, en *DRiZ* (1976), pp. 229 y ss., 236; BURCKHARDT, en *JZ* (1973), pp. 110 y ss., 117; DENCKER, en *JZ* (1973), pp. 144 y ss., 149; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, *StGB*, §248a nm. 1-3; FEZER, en *JR* (1976), pp. 95 y ss., 98; GRÜNWALD, *Gutachten C* 18; HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 344 y ss.; HIRSCH, en *FS für R. Lange*, pp. 819 y ss., 823 ss.; KOHLHASS, en *DAR* (1975), pp. 10 y ss., 14; KRAMER, en *ZRP* (1974), pp. 62 y ss., 66; LANGE, en *FS für Jarreiss*, pp. 117 y ss., 132 y ss.; MÜLLER, en *ZRP* (1975), pp. 49 y ss., 55; RÖSSNER, *Bagatelldiebstahl*, pp. 218 y ss.; ROXIN, *Kriminologie und Strafverfahren*, p. 19; RUDOLPHI, en *ZRP* (1976), pp. 165 y ss., 168; SK-SAMSON, §248a nm. 8; SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss.; R. SCHMITT, en *ZStW* (1977), pp. 639 y ss., 640; VOGLER, en *ZStW* (1978), pp. 132 y ss., 153; ZÍPF, *Kriminalpolitik*, p. 85.

⁷³⁹ HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 347 y ss.

⁷⁴⁰ HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 349 y ss.

⁷⁴¹ HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss.; BAUMANN, en *ZRP* (1972), pp. 273 y ss.; DENCKER, en *JZ* (1973), pp. 144 y ss.; SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss.

de arbitrariedad y de tratamiento desigual⁷⁴². Schmidhäuser advertía también que el manejo del §153a StPO podía sobrepasar las fronteras del Estado de derecho. Este supuesto de archivo degeneraba en un “pago del rescate para evitar el proceso”, que conducía a una preferencia injustificada por aquellos investigados que estuvieran, gracias a sus posibilidades económicas, en posición de pagar incluso importes más altos por la renuncia al procedimiento⁷⁴³. Del mismo modo que Hanack, este autor considera que la utilización de esa prescripción es demasiado beneficiosa para todos los profesionales participantes en el procedimiento, pues se obtiene una fácil posibilidad de disminuir su carga de trabajo por el archivo del caso⁷⁴⁴.

Finalmente, se presenta una crítica contra la distribución de papeles entre el ministerio público y el tribunal. La actividad del ministerio público en el marco del §153a StPO —la proclamación de una condición— es de competencia exclusiva de un juez, por imperativo constitucional. El ministerio público impondría un castigo por sospechas; un castigo sin constatación de la culpabilidad judicialmente⁷⁴⁵. Los valores de la oralidad y de la publicidad del procedimiento perderían importancia por el §153a StPO; la confianza de la población en una jurisdicción independiente se pondría igualmente en peligro⁷⁴⁶.

3.1 *Quebrantamiento del principio de presunción de inocencia*

La presunción de inocencia, según el artículo 6, inciso 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), establece que nadie puede

⁷⁴² SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss., 531.

⁷⁴³ SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 531 y ss., 535.

⁷⁴⁴ SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss., 531.

⁷⁴⁵ KRÜMPELMANN, *Bagatelldelikte*, p. 228; SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss., 531.

⁷⁴⁶ HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 350 y ss.

ser tratado como culpable mientras su culpabilidad no esté demostrada en un juicio oral y público ante un tribunal ordinario⁷⁴⁷.

Mientras una violación a la presunción de inocencia no se aprecia en el archivo simple e incondicional por aplicación del principio de oportunidad, el problema se presenta en el caso de archivo mediante condiciones o mandatos del §153a StPO alemán. Porque el principio de culpabilidad permite una punición penal solo en el caso de la efectiva constatación de responsabilidad en la comisión del delito causado⁷⁴⁸.

Aquí se presenta la dificultad siguiente: o bien se exige la prueba positiva de la culpabilidad para el empleo del §153a StPO, caso en que sí se afecta la presunción de inocencia, porque la culpabilidad no se comprueba mediante un juicio; o se mantiene, sin embargo, la presunción de inocencia, por lo que entonces faltaría la legitimación para imponer sanciones⁷⁴⁹.

Según el §153a StPO, basta con una convicción suficiente sobre la culpa⁷⁵⁰. En algunas pautas se indica que de la posibilidad de archivo del §153a StPO se debe hacer uso, de ser posible, de forma temprana, lo que conduce forzosamente a que en esa etapa la culpabilidad exista pero solo de forma mínima.

El que se ponga al investigado por el §153a StPO en un aprieto mediante una cuasiconfesión que significa prácticamente una obligación de sumisión, implica una presión inadmisibles sobre el investigado. Y esto va en total contravía de la garantía prevista en el artículo 6, inciso 2 del CEDH, referente a la presunción de la inocencia⁷⁵¹. Una infracción aquí contra el artículo 6 solamente podría ser negada si

⁷⁴⁷ BVerfGE 22, 254 (265).

⁷⁴⁸ BVerfGE 20, 331; KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 71 y ss.

⁷⁴⁹ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 72

⁷⁵⁰ KLEINKNECHT, StPO §153 a, nm. 7.

⁷⁵¹ “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo [...] 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada [...]”.

la evaluación sobre la aprobación del investigado se toma como confesión y, por ende, como plena prueba de la culpa, lo que produciría, solo entonces, que no le afectara a ningún inocente la sanción. Dencker consideraba que se debería clasificar al §153a StPO como generador de una anulación de la presunción de inocencia, en la medida en que el investigado cediera a la presión del ministerio público⁷⁵². Prueba expresa de ello es que las estipulaciones del §153a StPO encontraran en su aplicación efectiva a inocentes, porque, como la confesión nada dice sobre la culpabilidad del investigado, sino solo sobre su capacidad de resistencia, significaría también que la aprobación del investigado solo mostraría que las cargas de un procedimiento penal y el riesgo de una condena hicieran que prefiriera en cambio de una condena posible y materialmente correcta, la imposición de las condiciones⁷⁵³. Por la falta de prueba de la culpabilidad resulta inadmisibles imponer y expresar un castigo.

La argumentación de los defensores se centra en que las condiciones y los mandatos no son castigos, sino medidas menos graves. Y, además, la aprobación del investigado junto con la imposición de la aceptación es el motivo directo para el archivo del proceso y, por ende, la base de su legitimación⁷⁵⁴. Si a las razones de economía procesal se une el ejercicio del derecho de defensa, no se puede sostener la vulneración de la presunción de inocencia, la cual constituye una garantía instrumental para el mismo investigado, quien adoptó libremente esta salida procesal.

Esta argumentación se torna, sin embargo, inquietante. Porque una aprobación puede ser solo entonces una base legítima si ocurre voluntariamente de forma total. Pero el que ello suceda en la mayoría de los casos es algo dudoso.

En efecto, el investigado es la mayoría de las veces presionado para negociar, con lo que está ante el dilema de si, a pesar de su inocencia,

⁷⁵² DENCKER, en *JZ* (1973), pp. 144 y ss., 150.

⁷⁵³ DENCKER, en *JZ* (1973), pp. 144 y ss., 150.

⁷⁵⁴ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 75.

debe optar por esta vía propuesta por el ministerio público que le llegaría a reportar, presumiblemente, un camino más expedito y una pena menor que lo que significaría un proceso completo, es decir, hasta el juicio, donde sus posibilidades no estarían aseguradas. Ello pone al investigado en una posición forzada a la hora de decidir sobre la aceptación o el rechazo de las condiciones o mandatos, lo que contraviene normas procesales⁷⁵⁵. En tales circunstancias, no se puede hablar, por regla general, de una voluntariedad con la cual aprueba el sospechoso tal solución.

Así las cosas, el investigado sabe que contra él se actúa por una sospecha. No puede evaluar, a menudo, si puede contar con una absolución, aunque se considera inocente. Igualmente no puede prever en qué direcciones se extenderán las investigaciones ulteriores, ni en qué sentido se le podría llegar a cargar con un procedimiento de investigación. Lo que sí tiene presente es que, a menos que concurra un archivo del proceso completo o una absolución, el daño a su reputación se convertirá en permanente.

En esta situación, está ante la alternativa de deshacerse rápidamente de esa carga mediante el pago de una cantidad específica, o enfrentarse a un procedimiento prolongado, con las consiguientes cargas de tiempo, dinero, tranquilidad para él y su familia, y con la incertidumbre respecto al resultado. Por ende, es muy probable que opte por la negociación ante la presión y la incertidumbre de un proceso penal⁷⁵⁶.

El peligro de abusos no se puede negar. Con ello se pone considerablemente en peligro la apariencia de la justicia penal, que

⁷⁵⁵ Como es el caso del §136a, el cual establece la garantía frente a la utilización de métodos prohibidos en los interrogatorios que menoscaben la libertad de decisión voluntaria o la actuación voluntaria del inculpaado. Se prohíben, en tal sentido, los malos tratos, el agotamiento, las violencias corporales, la administración de fármacos, la tortura, el engaño y la hipnosis; asimismo, la medida inadmisibles según la ley y la promesa de ventaja no prevista en esta. Por otra parte, se señala que las prohibiciones regirán con independencia del consentimiento del inculpaado.

⁷⁵⁶ MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung*, pp. 2 y ss.; TIEDEMANN, en *ZSAW* (1976), p. 254.

sustenta su autoridad en la percepción de que su función de pacificación se está dando adecuadamente. La situación de presión que se presenta en este tipo de casos hace que no se pueda hablar de una decisión en libertad completa, al decidir por la aceptación de la oferta de un pago, lo que se ha denominado *Freikaufens*⁷⁵⁷.

La utilización de la posibilidad de archivo con condiciones del §153a StPO alemán, como las investigaciones empíricas lo demuestran, es con frecuencia recurrido por el ministerio público para evitar casos en los cuales se presentan dificultades de prueba. Hay casos en los cuales incluso estando frente a un caso donde antes que un archivo debería imponerse una absolución, se opta por el archivo con condiciones y/o mandatos. Eso tiene consecuencias no solo simbólicas.

Ya desde su introducción, el §153a StPO ha sido vehementemente controvertido. Denominaciones como *procedimientos de susurros y párrafo para la protección de millonarios* acompañan la discusión sobre su sentido y objetivo o también sobre el peligro de las nuevas posibilidades de sanción que ha conseguido el ministerio público.

Las anteriores consideraciones siguen siendo válidas al existir la posibilidad de comprar libremente el archivo, pero únicamente para aquellos investigados económicamente acomodados⁷⁵⁸, lo que trae como resultado también una violación del principio de igualdad⁷⁵⁹.

La aprobación no se puede considerar por ello como la base de su legitimación.

⁷⁵⁷ SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss. KUNZ, *Die Einstellung*, pp. 63, 71; HERWIG, *Die Einstellung der Staatsanwaltschaft*, pp. 119 y ss.; KAISER/MEINBERG, en *NStZ* (1984), pp. 343 y ss.; con detalles, véase: PASCHMANN, *Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung*, pp. 10 y ss.; SALIGER, en *GA* 2005, p. 171.

⁷⁵⁸ Aunque ante esta afirmación, la cámara del Landgericht (LG) de Bonn consideró que un archivo después del pago de una condición de dinero no es ninguna singularidad, sino que ocurre precisamente en delitos contra el patrimonio y en presencia de las condiciones correspondientes en la práctica diaria de los tribunales de lo criminal en una multiplicidad de casos, véase: LG Bonn, *NJW* (2001), 1736 y ss., 1737; SALIGER, en *GA* 2005, pp. 155 y ss.

⁷⁵⁹ KLEINKNECHT, StPO §153 a, nm. 7.

3.2 *Quebrantamiento del principio “in dubio pro reo”*

Cabe en este contexto también mencionar la cuestión sobre si el principio *in dubio pro reo* está siendo infringido con la existencia del §153a StPO⁷⁶⁰. Lo anterior, toda vez que se ofrece una contraprestación, la mayoría de las veces económica, para que cese el procedimiento en contra, en un momento en el cual todavía no se ha averiguado mayor cosa, faltan medios probatorios y no se prescinde todavía de la persistencia de las dudas⁷⁶¹. Solamente sería posible aclarar parte del hecho, luego de dificultades considerables y con un gasto desproporcionadamente grande que implica la realización de todo el procedimiento, en gran parte de los casos⁷⁶².

Como estas condiciones y los mandatos tienen un carácter sancionatorio informal, algunos consideran que comportan cierta protección al investigado, aunque lo cierto es que no se comprueba ningún tipo de protección para el imputado en esta etapa del procedimiento relevante para aceptar como ajustado a derecho el archivo del proceso según el §153a StPO. Lo anterior en virtud de que todas las protecciones procesales, sobre todo las relacionadas con la facultad de declararse culpable, están reservadas para la audiencia pública, que es el único escenario idóneo donde se puede desarrollar un proceso con todas las garantías. Lo contrario trae aparejadas violaciones a todo el debido proceso, que implican: el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo, el principio de publicidad, el principio y derecho de igualdad, el principio de legalidad, entre otros.

En rigor, el principio de presunción de inocencia aún no ha sido lesionado, pues la duda en favor del acusado aún no ha podido ventilarse porque la situación típica procesal para este caso, el juicio oral, no ha entrado todavía. Sin embargo, se mina la aplicación de este

⁷⁶⁰ SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss.

⁷⁶¹ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 63.

⁷⁶² Véase: MEINBERG, *Geringfügigkeitseinstellung* p. 14; así como REDECKER, *DRiZ* (1975), p. 206.

principio en la medida en que se da la posibilidad de que inclusive este no nazca para su empleo, al presentarse la posibilidad de aplicación del §153a StPO en la primera etapa de investigación antes de interponer la acción penal.

3.2.1 Sobre la imposición de gastos del proceso

La presunción de inocencia es infringida igualmente por el tratamiento moderado de gastos en países como Alemania, en los casos en que se presenta un archivo del proceso con condiciones. En realidad, la regulación de gastos no se debe deducir directamente de las estipulaciones de oportunidad, sino del §467, inciso 5 StPO⁷⁶³, que aplicaría en los casos previstos en el §153a StPO. Se trata, entonces, a un inculpado legalmente casi como a un condenado en cuanto a gastos se refiere⁷⁶⁴. Los gastos necesarios dentro del proceso en que incurrió el procesado no le son devueltos. El investigado acuerda la terminación del procedimiento con la aprobación del cumplimiento de las condiciones. En verdad, ocurre en esta situación una equiparación con el condenado, no en todos los puntos, porque los gastos del procedimiento pasan a cargo del Estado conforme al §467 I StPO⁷⁶⁵. Pero este factor financiero casi no incide en la comparación del monto de los gastos necesarios, en caso de la contratación de un abogado.

La no devolución de los gastos perjudica entonces otra vez al investigado de escasos recursos, ya que en estas circunstancias debe renunciar a una defensa óptima, porque no sería nada fácil poder

⁷⁶³ “§467 [...] V. No se impondrán al Estado los gastos necesarios del inculpado, cuando el proceso hubiera sido archivado definitivamente, luego del precedente archivo provisional (§153a)”.

⁷⁶⁴ KLEINKNECHT, StPO §464, nm. 3; KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 76 y ss.

⁷⁶⁵ “§467 I Si hubiera sido absuelto el imputado o rechazada la apertura del procedimiento principal contra él, o archivado elprocedo contra él recaerán las costas del proceso y los gastos necesarios del imputado sobre el Estado [...]”.

encontrar cómo sufragar los gastos para ello. Por el tratamiento moderado del gasto se lesiona otra vez el principio de igualdad⁷⁶⁶.

3.3 *Afectación a otras garantías del proceso penal*

La igualdad de las partes se conculca en tanto que el ministerio público se encuentra en una mejor posición para la realización del acuerdo. Del mismo modo, puede verse cómo atenta contra determinadas manifestaciones del principio de publicidad. Así con el derecho a un proceso público. Ello porque desde el momento en que es factible el que, previa conformidad entre el ministerio público y el presunto autor de un hecho, se llegue a un acuerdo, sin la presencia del juez, se dispone del objeto del proceso penal, y se corre el riesgo de sustraer al público del conocimiento de la comisión de un hecho y de su castigo conforme a la ley, eliminando el efecto preventivo general⁷⁶⁷.

Igualmente, se produce un menoscabo en las garantías penales y procesales. Por ejemplo, al principio de proporcionalidad, en tanto que la pena no sería proporcional a la gravedad del hecho, sino a las incidencias de la negociación; al principio de contradicción, pues el inculcado acepta sin más la calificación más leve propuesta por el ministerio público, renunciando a su derecho de defensa⁷⁶⁸. También se considera que supone la imposición de una pena sin la comprobación judicial de la culpa, y con la ausencia de garantías procesales para el inculcado. Ello en la práctica constituye una especie de “rescate” de la pena: el Estado dejaría que se le cambiase el uso de la pena a cambio de algo, existiendo una negociación entre el Estado, en cabeza el ministerio público, y el inculcado⁷⁶⁹. Finalmente, la

⁷⁶⁶ GÖBEL, *Strafprozess*, pp. 317, 319, 323.

⁷⁶⁷ SANTANA VEGA, en *ADPCP*, 1994, p. 127.

⁷⁶⁸ SANTANA VEGA, en *ADPCP*, 1994, p. 125.

⁷⁶⁹ Para profundizar más sobre estas críticas, véase: KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, pp. 37 y ss., 242 y ss., quien aclara, sin embargo, que las principales críticas contra este proceso —es decir, el *Unterverfugungs* y *Freikaufsverfahren*— no han sido constatadas

posibilidad de un ahorro de tiempo, deseado por todos, no es obtenida mediante el seguimiento de esta consideración de oportunidad, porque una mínima investigación se tiene que realizar, y el cumplimiento de condiciones y mandatos se tiene que vigilar⁷⁷⁰. Ello porque si se llega a dar un incumplimiento, existe la necesidad de presentar la acusación con el peligro adicional de que los elementos probatorios asegurados se hayan perdido con el transcurso del tiempo.

3.4 *Quebrantamiento del principio de separación de poderes*

La crítica más amplia se dirige contra la distribución de papeles entre el ministerio público y el tribunal. La actividad del ministerio público en el marco del §153a StPO —la proclamación de una condición— es de competencia exclusiva de un juez, por imperativo constitucional. Esto también se encuentra protegido constitucionalmente al establecer el monopolio de la jurisdicción a los jueces⁷⁷¹. Sin embargo, en este caso el ministerio público impondría un castigo por sospechas; un castigo sin constatación de la culpabilidad judicialmente⁷⁷². Los valores de la oralidad y de la publicidad del procedimiento pierden importancia por el §153a StPO; la confianza de la población en una jurisdicción independiente se pone igualmente en peligro⁷⁷³.

Al avanzar con ello, luego de que el ministerio público impone la condición o el mandato, la situación irregular se mantiene, en la medida en que es inadmisibles que en un proceso decisorio en el cual el

empíricamente, fundamentalmente, en cuanto a su carácter no público. Por el contrario, sí ha sido objeto de investigación empírica la terminación anglosajona del *plea bargaining*, la cual posee algunas características similares al §153a StPO, dándose una correspondencia entre las críticas que formulan tanto al *plea bargaining* como al §153a StPO.

⁷⁷⁰ HOHENDORF, en *NJW* (1987), pp. 1177 y ss., 1180.

⁷⁷¹ HIRSCH, en *ZStW* (1980), pp. 218 y ss., 231.

⁷⁷² KRÜMPELMANN, *Bagatelldelikte*, p. 228; SCHMIDHÄUSER, en *JZ* (1973), pp. 529 y ss., 531.

⁷⁷³ HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss., 350 y ss.

juez no ha averiguado ni la situación misma, ni ha participado en la decisión primaria, participe aprobando o rechazando una decisión⁷⁷⁴. Según esta argumentación, está por lo menos establecido que las consideraciones de aplicación del principio de oportunidad que establecen condiciones y/o mandatos, infringen el principio de división de poderes.

Existen incluso casos en los cuales se da la posibilidad al ministerio público de poder cesar procedimientos de investigación sin aprobación judicial, algo que ha generado un rechazo unánime⁷⁷⁵.

Todo ello en contravía con la idea fundamental por la que se implementó el proceso penal reformado de superar los procedimientos de tipo inquisitivos, mediante la consolidación de un proceso de acusación, en el cual se diera una separación donde la averiguación y la función de acusación recayeran en cabeza del ministerio público, y la resolución y función de proclamación penal estuvieran en cabeza del juez. Eso porque los conflictos que nacen a causa de ello se deben evitar, porque la misma persona que sospecha de la acción y hace todo lo posible para su reforzamiento debe, sin embargo, por otro lado, también garantizar el que se respete la presunción de inocencia, hasta que se llegue al convencimiento de la culpa⁷⁷⁶.

Pero este conflicto se mantiene con el §153 a StPO, donde también la función de proclamación de sanciones puede generar problemas, y hacer que se sostenga de nuevo la idea de un principio de inquisición que se creía superado. Este peligro no es eliminado tampoco con la aprobación judicial, pues esta exigencia solo existe como una declaración superficial dentro del proceso, donde no se presenta una

⁷⁷⁴ KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p. 68.

⁷⁷⁵ BAUMANN, en *GS für Schröder* 1978, pp. 522 y ss.; HIRSCH, en *ZStW* (1980), pp. 220 y ss.; WOLTER, en *GA* (1985), pags. 49 y ss., 74.

⁷⁷⁶ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 81.

constatación de la situación judicial para proceder a una aprobación motivada⁷⁷⁷.

La aprobación del tribunal, que estaba pensada originalmente como protección fijada por ley contra el empleo abusivo de los archivos de procesos por motivos de oportunidad, es hoy, en tanto que está prescrita todavía legalmente, una clara refrendación del procedimiento. En eso las condiciones legales favorecen la ineficiencia de este control. El juez tiene que apoyar su decisión en la situación presentada por el ministerio público, y su decisión se puede conducir ya por las actas que presenta el ministerio público. Además, incumbe solo al ministerio público juzgar si la aprobación del juez conforme al §153 I fr. 2 StPO o bien al §153a I fr. 2 StPO es prescindible.

3.5 Síntesis y consideración sobre el principio de oportunidad

El principio de oportunidad permite la omisión del deber de persecución y, por ende, la no imposición de una pena. Por su parte, en el supuesto del §153a StPO alemán se contempla la posibilidad de decidir entre imponer una condición y/o mandato o ejercer la acción penal. En este punto es importante decidir sobre cómo va a hacerse la calificación jurídica de las condiciones y mandatos, así como su cumplimiento. Aunque, en principio, se puede afirmar que no se trata de sanciones en el sentido del derecho penal material, se ha discutido si son sanciones asimilables⁷⁷⁸ o no a las penales. Autores como Riess y Meyer-Gossner⁷⁷⁹ consideran que son sanciones pertenecientes a una categoría no penal especial, por lo que no se podría decir que sean sanciones similares a las penales. Para sustentarlo, Riess considera que las condiciones o mandatos no guardan relación alguna con el juicio de

⁷⁷⁷ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 81 y ss.; KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p. 67.

⁷⁷⁸ BGHSt 28, 176,

⁷⁷⁹ MEYER-GOSSNER, *StPO*, §153a, nm. 12; LR-RIESS, *StPO*, §153a, nm. 8. El carácter de sanción de las condiciones y mandatos es reconocido por la mayoría de la doctrina actual.

desvalor ético-social que va unido a la pena, ni con el correspondiente a la determinación de la culpa⁷⁸⁰. Y, para el segundo, se trata más bien de un sometimiento voluntario, mediante el cual se finaliza el proceso⁷⁸¹.

De otro lado, hay autores para quienes se trata de verdaderas sanciones. Para Kausch⁷⁸², no estamos frente a un archivo del proceso de los que se consideran aplicaciones del principio de oportunidad. Considera este autor que el §153a StPO va en contra del principio de separación de poderes, pues supone un desplazamiento de la responsabilidad del órgano jurisdiccional de concretar el conjunto de las leyes, precisamente en aquellos supuestos en los que no se requiere la aprobación del órgano judicial⁷⁸³. Otro autor, Rudolphi, considera incluso que se ha retornado al sistema inquisitivo, con la reunión de la competencia de investigación y sanción en un solo ente, el ministerio público⁷⁸⁴.

Me adhiero a la segunda postura. Si entendemos que el archivo no procede hasta que no se cumplan las condiciones o mandatos impuestos, ello significaría, ni más ni menos, que más que eludir la imposición de una sanción penal, se estaría imponiendo otro tipo de sanción como condicionamiento. De esta manera, nos encontramos, en realidad, con un supuesto donde se presenta la introducción de sanciones de carácter no penal situadas por debajo de la pena, para las que hay que crear una nueva competencia, en la medida que suponen, en cierta manera, la apertura de un nuevo ámbito jurídico situado por debajo del derecho penal⁷⁸⁵.

Así como es tan loable esforzarse por contener las sanciones policíacas en favor de prestaciones alternativas, es discutible el camino

⁷⁸⁰ LR-RIESS, StPO, §153a, nm. 9.

⁷⁸¹ MEYER-GOSSNER, StPO, § 153a, nm. 12.

⁷⁸² KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p. 62.

⁷⁸³ KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p. 241.

⁷⁸⁴ RUDOLPHI, en ZRP, 1976, p. 168.

⁷⁸⁵ KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, p. 240.

propuesto en esta prescripción. En esta, basta con la sospecha de la comisión del delito en lugar de la convicción, lo que significa que, en circunstancias específicas, se puede obligar a un inculpado a una prestación aunque la acción no haya sido cometida por él. En última instancia, podemos afirmar que el §153a StPO contiene una sancionabilidad por sospecha. Otras consideraciones contra el mismo §153a StPO resultan de la falta de exigencia de motivación de la decisión, de la falta de precisión sobre las condiciones y el límite de esas condiciones. En verdad es también en los casos donde todavía no ha ocurrido ninguna elevación de la acusación, necesaria la aprobación del investigado, al contrario del §153, porque allí, donde no está preparado para producir las consecuencias correspondientes, se tiene que continuar el procedimiento de todos modos; es decir, solo con el reconocimiento de la obligación de una prestación por el inculpado puede desplegar su efecto el §153a StPO⁷⁸⁶. Aun así, el inculpado tendría que realizar un cálculo aquí, y sopesar el riesgo de una condena en relación con la prestación. Es igual de trascendental la segunda carencia que posee este instituto, es decir, la posibilidad de la compra de la impunidad (*Straffreikaufs*)⁷⁸⁷. La falta de delimitaciones que la precisión de los requisitos de bagatelización permitiría, y también la falta de prescripciones en lo que se refiere al límite del daño y los límites de las condiciones son también objeto de la crítica. Además, se critica en la literatura que no sea necesaria una motivación para la resolución de archivo⁷⁸⁸. Estas consideraciones generales son estudiadas, por otro lado, particularmente por Peters⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ KLEINKNECHT, StPO §153a, nm. 10.

⁷⁸⁷ Véase supra en este mismo capítulo cuando se analiza la vulneración de la presunción de inocencia.

⁷⁸⁸ Para una crítica del §153 y, particularmente, del §153a, véase: SCHÜNEMAN, en *ZStW* (2002), pp. 14 y ss.; HIRSCH, en *ZStW* (1980), pp. 222 y ss., en especial pp. 250 y ss. Ambos critican que el motivo del legislador para el decreto haya sido, sobre todo, de tipo económico para la justicia, y se haya realizado sin la colaboración de la ciencia. Las confusiones grandes y el manejo desigual en la práctica son las consecuencias de una fallida concepción legal del procedimiento. Se critica el §153 a como un procedimiento de compra libre, y se señala que el papel del ministerio

Se considera que es más apropiado generar alternativas adicionales en la lucha contra la pequeña y mediana criminalidad. De hecho, se han creado propuestas de soluciones para la introducción de un procedimiento especial privado ante el tribunal competente, con el fin de volver prescindible el §153a StPO⁷⁹⁰.

II. JUSTIFICACIÓN DESDE EL SISTEMA PENAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Este trabajo busca justificar la existencia del principio de oportunidad. Como ya se ha tenido posibilidad de revisar, el principio

público en el marco de este destino está en contradicción con su función verdadera como oficina de acusación. Igual afirma KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, particularmente pp. 328 y ss. Para Kunz, se puede comprar igualmente al ministerio público, en su competencia ante las bagatelas, al realizar una reforma desde el punto de vista económico de la justicia, con todas las garantías del caso (aprobación del inculpado y del tribunal, control de recurso judicial, motivación de decisión, precisión de los límites de las condiciones), por lo que esta reforma lo único que trae es una pérdida de la legalidad formal y material. Lógicamente, propone también una prescripción legal en el derecho penal material, general para las bagatelas en procedimientos judiciales simplificados. KUNZ, *Die Einstellung*, p. 104, ha comprobado, sin embargo, en el marco de su investigación empírica, que la prescripción se evidenció como menos problemática de lo que cabía esperar. Aunque había el temor de que el §153a se convirtiera en un procedimiento de compra libre con carácter penal, no se confirma que haya sido inadecuado y que el ministerio público haya hecho uso de este inadecuadamente. Aún así, ha señalado Kunz ya desde entonces con su crítica, cómo el fin estaba siendo debilitado y exigía, de *lege ferenda*, una limitación moderada del monto de dinero de la condición legalmente permitida. En lo que se refiere a las directrices del ministerio público, contra estas, véase: BACKES, *Strafrecht als Sozialwissenschaft*, pp. 320 y ss., que defiende su opinión en tanto que el ministerio público establece por pautas y disposiciones escalas de empleo generalizadas para las disposiciones penales del derecho material, por lo que actuaría como legislador delante del legislador.

⁷⁸⁹ PETERS, *Strafprozeß*, pp. 173 y ss.

⁷⁹⁰ En el proyecto alternativo al StPO de BAUMANN, 1980, p. 59; véase SCHÜLER-SPRINGORUM, en *NSzZ* (1982), p. 305; desde una postura de rechazo, véase: MEHLE, en *NSzZ* (1982), p. 309; HILGER, en *NSzZ* (1982), p. 312.

de oportunidad ha sido creado, ha evolucionado y se ha introducido en las legislaciones luego de una serie de situaciones diversas relacionadas principalmente con la necesidad de ajustes en los sistemas penales para una mayor eficacia y de implementar adecuadamente los postulados del derecho material.

Así, en el primer capítulo se tuvo la posibilidad de ver cuáles son los supuestos de aplicación del principio de oportunidad en países hispanoamericanos, en el proyecto español y en Alemania, que son, hasta ahora, los países que expresamente se refieren a esta figura. Y en el capítulo cuarto, al analizar lo que considero que es el principio de oportunidad, intenté limitar la figura a un supuesto básico y trasladé los otros supuestos normativos al amplio conjunto de los criterios de discrecionalidad, por no cumplir con el fin que la figura tiene dentro del proceso penal. De esta forma, en este trabajo considero que el principio de oportunidad está conformado por dos elementos que son la culpabilidad mínima y la falta de interés público.

1. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD⁷⁹¹

El *principio de legalidad procesal* (*Legalitätsprinzip*) y el *principio de oportunidad* son conceptos del derecho procesal penal y constan como principios o preceptos del procedimiento⁷⁹². En esta parte del trabajo se analizará la tensión que se tiende a presentar entre los principios de oportunidad y legalidad procesal. Una primera representación establece que la posibilidad de archivo conforma el principio de

⁷⁹¹ Sobre las definiciones, véase con todo detalle: HEYDEN, *Begriff*, pp. 3 y ss.

⁷⁹² Para la crítica básica a la definición del *principio de legalidad procesal* y del *principio de oportunidad* véase: SCHROEDER, en *FS für Peters*, pp. 411 y ss. Para este autor, se ha desmaterializado el principio de legalidad procesal. Y, por otro lado, se ha transformado la cuestión sobre la oposición entre principio de legalidad procesal y principio de oportunidad: la discusión sería si en el caso de actuaciones judicialmente perseguibles, enjuiciables y sancionables se debería intervenir o si, dado el caso, además de características del crimen falibles y condiciones de persecución, se podrían considerar todavía otros motivos para la no persecución.

oportunidad, mientras que la protección jurídica a nivel absoluto es la directriz del principio de legalidad procesal. Esta relación, que marca a primera vista la oposición, será objeto de un análisis más profundo en las siguientes páginas.

1.1 *El principio de legalidad procesal*

Conforme a este principio⁷⁹³, el ministerio público está obligado a intervenir, investigar y elevar la respectiva acción penal a causa de cada noticia de delito en tanto que exista una sospecha inicial⁷⁹⁴. Esto es lo que se ha llamado el *principio de legalidad procesal*, e implica una obligación de persecución total por parte del ministerio público a cualquier persona. Este principio abarca igualmente la obligación de tomar medidas ante hechos con características delictivas, la obligación de investigación respecto a estas situaciones, la obligación de determinación sobre si se debe proceder a la acusación pública y también la regulación de las competencias decisorias del ministerio público⁷⁹⁵.

Los objetivos tradicionales del principio de legalidad procesal son la garantía de una justicia independiente de la persona, así como la mayor imposición posible del derecho penal material. Estos elementos del

⁷⁹³ En Alemania esto se establece en el “§ 152 Autoridades acusadoras; principio de legalidad procesal

I Será competente para el ejercicio de la acción pública el ministerio público.

II Estará obligado, en tanto no estuviera determinado legalmente lo contrario, a intervenir, a causa de todos los hechos punibles perseguibles, en caso de que existieran suficientes indicios fácticos”.

En España el artículo 124 de la Constitución señala: “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social [...]”.

⁷⁹⁴ Cercano a esto, véase: EISENBERG/CONEN, *NJW* (1998), pp. 2241, 2243 y ss.

⁷⁹⁵ Véase: KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 93 y ss., 96. VOLK, *Grundkurs*, p. 20.

principio de legalidad procesal provienen del principio del Estado de derecho⁷⁹⁶. Por ello, el principio de legalidad procesal debe observarse teniendo en cuenta igualmente las consideraciones propias de un Estado de derecho⁷⁹⁷. Estas consideraciones sobre el Estado de derecho se relacionan estrechamente con la igualdad de las personas ante la ley. Según esta prescripción, cualquier persona que infrinja normas del derecho penal, independientemente de consideraciones respecto a su persona (raza, sexo, orientación política, religiosa, etcétera), debe ser perseguida y castigada. Ello buscando siempre alcanzar, con el principio de legalidad procesal, que la justicia a nivel penal se convierta en un tratamiento continuo y elemental.

El principio de legalidad procesal tendría una función adicional⁷⁹⁸. Dado que en la mayoría de los países el ejercicio de la acción penal pública incumbe únicamente al ministerio público⁷⁹⁹, y que no se puede negar al ciudadano que, a causa del monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado, se vea disminuida o anulada la consecución de la necesidad de pena y de la necesidad de justicia por el hecho cometido, cuando quiera que exista sospecha suficiente y soportada en elementos materiales probatorios, se impone la obligación al ministerio público de elevar la acusación⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ HASSEMER, *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, p. 529; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 85.

⁷⁹⁷ WALTER, en *ZStW* (1983), pp. 32, 52 y ss., se refiere al principio del Estado social y al hecho de que es necesario asegurarse de entender la orden de la subsidiariedad del derecho penal, es decir, el compromiso de la utilización de sanciones penales como *ultima ratio* para el cuidado de la sociedad. Además, señala que la misma reincorporación de conciudadanos luego de un de castigo tiene también un rango constitucional. También sobre ello, véase: BLAU, en *Jura* (1987), pp. 25, 34.

⁷⁹⁸ RIESS, en *NStZ* (1981), pp. 2 y ss.

⁷⁹⁹ Excepción hecha en España donde la acción penal es pública y la puede ejercer el ministerio público, la acusación popular, la acusación particular y el acusador privado.

⁸⁰⁰ Aunque esta garantía no puede ser ilimitada, compárese con HASSEMER, en *ZRP* (2004), p. 93.

Este principio contiene el compromiso de la oficina de procesamiento penal de abrir, en presencia de la sospecha suficiente de una acción y de condiciones procesales necesarias, el procedimiento de investigación correspondiente, continuarlo y realizar finalmente la acusación. La transcripción como *obligación de persecución*⁸⁰¹ se puede comprender como resumen del concepto que, sin embargo, se explica mejor con la expresión *obligación de acusación*⁸⁰².

En todo caso el principio de legalidad procesal en ningún sistema funciona con carácter absoluto, pues en todos existen excepciones a la regla, ya sea por la figura de los delitos privados o limitando la acusación a ciertos presupuestos o autorizaciones cuya existencia está fuera de la potestad del fiscal. Adicionalmente, se ha considerado que en la práctica las prescripciones penales-materiales solo raramente son utilizadas y, de hecho, han sido bastante debilitadas durante largo tiempo, lo que ha generado, para algunos, el que la conciencia de injusticia se haya asentado en la población⁸⁰³.

1.1.1 Los elementos del principio de legalidad procesal

Según la definición parafraseada más arriba se deben distinguir los elementos que se exponen a continuación.

1.1 La persecución y la obligación de acusación se dirigen a un órgano estatal específico, es decir, a la oficina de procesamiento penal: el ministerio público. El principio de legalidad es, en este sentido, procesal (al contrario del principio de legalidad material⁸⁰⁴), dirigido a

⁸⁰¹ SCHRÖDER, en *FS für Peters*, p. 414.

⁸⁰² PETERS, en *Strafprozeß*, p. 171.

⁸⁰³ Véase: POTT, *Ausserkraftsetzung*, pp. 159 y ss.; HAMM, en *NJW* (1996), pp. 2981 y ss. Para una interpretación en contrario, véase: VOGLER, en *ZStW* (1978), pp. 132, 151 y ss.; además, ERB, *Legalität*, pp. 153 y ss.; NAUCKE, *FS für Grünwald*, pp. 403 y ss.

⁸⁰⁴ “§1 StGB. Un hecho sólo puede castigarse, cuando la punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido”.

aquellos órganos de la administración de justicia penal que intervienen en las etapas de la inauguración, persecución y elevación de la acusación. Resulta de ello que el principio de legalidad procesal puede tener efectos para los órganos de la policía judicial, pero no se dirige de forma abstracta solo a estos.

1.2 Tiene que existir una sospecha de hecho suficiente para iniciar la investigación. La sospecha del hecho significa la presencia de una sospecha, con referencia a una actuación sancionable. La sospecha debe ser, según esto, sobre la modalidad de un hecho establecido como contrario a derecho, la violación del derecho y la responsabilidad que se pueda imputar a un sujeto responsable. Si uno de estos criterios falta, no existe ninguna actuación sancionable y, por ende, no existe ninguna obligación de persecución. Mientras exista la sospecha del hecho, la oficina de persecución está obligada a la comprobación del material probatorio y a la recolección de este. Y si después de la investigación crece la sospecha hasta el punto de que una condena parezca probable, debe proceder a levantar la correspondiente acusación. Si la sospecha se suprime, se deben archivar las investigaciones y cerrar el procedimiento. Si permanece la sospecha, pero parece, sin embargo, improbable una condena por la fragilidad o falta de contundencia en el material probatorio recolectado, debe ocurrir la finalización del procedimiento según una decisión basada en la opinión del ministerio público, pero distinta a aquellas propias de las consideraciones del principio de oportunidad.

1.3 Deben existir, además, las condiciones del proceso necesarias en la fase de procedimiento correspondiente. Así, por ejemplo, al inicio existen como condición del proceso la querrela o la denuncia⁸⁰⁵, y como condición negativa del proceso la prescripción y la amnistía, entre otros. Si se suprime una condición del proceso o se presenta un

CP Español. “Artículo 2 1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”.

⁸⁰⁵ Véase: SCHULTZ, *Einführung*, p. 237.

obstáculo de los establecidos para el proceso en el curso del procedimiento, este se debe finalizar.

1.4 El ministerio público tiene que actuar en presencia de todas las condiciones determinadas conforme a lo establecido en los apartados 1.1-1.3. El procesamiento penal consta, básicamente, de todas las fases de un procedimiento, desde la recepción de la denuncia hasta la última instancia, luego de la posibilidad de imponer un recurso judicial. Relevantes para la relación entre el principio de legalidad procesal y el principio de oportunidad, sin embargo, solo son la recepción de la denuncia, la decisión sobre la apertura y continuación de la investigación y la elevación de la acusación.

El principio de legalidad, como principio del proceso penal, quiere conseguir que, bajo el mismo ordenamiento jurídico, se respete el derecho a recibir un mismo tratamiento y se puedan juzgar todas las actuaciones sancionables por parte de un juez. Solo con una total persecución, con la consiguiente obligación de acusación, se puede hablar de una *realización del principio de legalidad procesal* en sentido estricto⁸⁰⁶.

Sin embargo, las investigaciones sociológicas y psicológico-sociales enseñan que en ninguna comunidad se da un cumplimiento absoluto de todas las normas, y que una persecución de todos los quebrantamientos a las normas con el consiguiente castigo puede llegar a ser más perjudicial que beneficiosa. Sumado a ello, se debe tener la claridad de que el castigo no es la última tarea del Estado, menos un fin en sí mismo⁸⁰⁷. Por su parte, investigaciones de criminología (particularmente relativas a la problemática zona de penumbra y a la selectividad dentro del procesamiento penal), así como consideraciones político-criminales han mostrado que el principio de legalidad procesal ha estado siendo cuestionado y, de hecho, se han presentado una serie de limitaciones fácticas, que

⁸⁰⁶ HEYDEN, *Begriff*, p. 7.

⁸⁰⁷ HANACK, en *FS für Gallas*, pp. 339 y ss.; PETERS, en *FS für Welzel*, p. 415; SCHROEDER, en *FS für Peters*, pp. 411 y ss.; ZIPF, *Strafprozessrecht*, p. 75.

demuestran que su fundamentación está teniendo cambios profundos, fruto de su desarrollo, que deben ser tenidos en cuenta en las legislaciones. Entre estos sobresalen especialmente los siguientes:

1. En primer lugar, las excepciones legalizadas del principio de legalidad procesal en el proceso. Estas permiten, como normas procesales, la renuncia a un procedimiento. Ello no contradice en realidad el principio de legalidad formal, pues como destinatarios, el ministerio público y el tribunal aplican lo allí establecido. Sin embargo, su existencia toca a la legitimación que el comportamiento sancionable debería cargar.

2. En segundo lugar, la obligación estándar del ministerio público y de la policía, de investigar cuando tengan conocimiento de la sospecha de un hecho punible, solo parcialmente se cumple. Los gastos para aclarar el hecho son dosificados, teniendo en cuenta variables como la evaluación del éxito anticipado y la gravedad del delito. Y se limitan a algunas áreas los órganos de procesamiento penal según el registro de criminalidad. Cuando los órganos de procesamiento penal, luego de la evaluación, tanto económica como político-criminal, soportan su decisión sobre la persecución, el principio de legalidad procesal no se realiza de forma total.

3. En tercer lugar, se ha endurecido de forma constante la cifra negra que muestra la verdadera criminalidad, pues es la que informa sobre todos los delitos y aquellos castigados. También ello dice del grado de levedad del principio de legalidad procesal. Lo anterior, a pesar de la justificación parcial en el sentido de que solo una fracción de la criminalidad verdadera llega al conocimiento del sistema penal y una menor al ministerio público.

1.2 El principio de oportunidad

Frente al principio de legalidad procesal se ubica el principio de oportunidad que representa, para algunos, a primera vista, una ruptura del principio de legalidad procesal: la oportunidad significa la

autorización para terminar el procedimiento penal anticipadamente, a pesar de la sospecha de la existencia de un hecho punible y teniendo en cuenta que debe existir una probabilidad alta sobre la autoría del imputado⁸⁰⁸.

El motivo de la introducción de consideraciones de oportunidad fue, en primer lugar, la preocupación por la efectividad de la administración de justicia penal⁸⁰⁹: como ya se ha dicho, el ministerio público, al estar regido por el principio de legalidad procesal, debía perseguir cada sospecha de un hecho y presentar la acusación pública dado el caso. Sin embargo, una vez que se iniciaron los procesos penales modernos, se fue presentando una multiplicidad de casos de bagatela, lo que puso en entredicho la posibilidad de soportar la exigente necesidad⁸¹⁰ de una persecución estricta de todos los hechos con los recursos disponibles⁸¹¹. Por eso, en los territorios de la actual

⁸⁰⁸ Compárese con FELTES/JANSSEN/VOSS, *Erledigung*, pag. 886; para un resumen estadístico, véase: FELTES, *KrimJ* (1984), pp. 50 y ss. La oportunidad ha venido aumentando en relación con la diversión. La *diversión* se califica como el prescindir del procesamiento penal en favor de la resocialización del autor o la solución del conflicto del cual ha provenido la penalidad. La idea fundamental de la diversión es que, en caso de delitos menores, no existe forzosamente la necesidad de reaccionar con los medios extremos del derecho penal. La *diversión* y la *oportunidad* no son conceptos idénticos tomados de forma abstracta, aunque en todo caso se puede ver alguna suerte de proximidad. Una de las ideas que subyace a la diversión es también la descarga de la justicia, aunque su aspecto principal tiene fuertes connotaciones sociológicas. Se podría decir entonces que los modelos de diversión acentúan su motivación en criterios de política criminal de corte sociológico, donde juegan argumentos sobre todo preventivos especiales y que consideran la descarga jurídica como efecto secundario positivo. Compárese con KUHLEN, *Diversión*, pp. 1 y ss.; además, véase: KERNER, *Diversión*, pp. 1 y ss.

⁸⁰⁹ Véase: HASSEMER, FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, pp. 529, 532.

⁸¹⁰ HEINZ, en FS für Brohm, pp. 351 y ss., 358.

⁸¹¹ Además, es dudoso si, ante cada hecho que reviste las características para ser considerado como delito, se necesita verdaderamente la persecución. Compárese con NAUCKE, en FS für Grünwald, pp. 403, 405 y ss. Sin embargo, es necesario dedicarse a analizar si el derecho procesal representa el instrumento adecuado, o si por el contrario, no se tendría que realizar la descriminalización de la criminalidad de bagatela por el legislador en el derecho penal material. Esto es aceptado por

Alemania, durante todo el siglo XIX se iniciaron los debates sobre la introducción de criterios de oportunidad, los cuales sirvieron de sustento a la modificación realizada, a partir de 1924, mediante los §§153 y ss. de la StPO, que establecieron excepciones a la obligación de acusación⁸¹². En el marco de esta llamada *descriminalización procesal*, el ministerio público dispone en Alemania según las últimas informaciones, de un 26,5 % aproximado de todos los procedimientos de investigación⁸¹³.

Dada la problemática suscitada por el excesivo volumen de casos denominados *de bagatela*⁸¹⁴, la posibilidad de realizar archivos según motivos de oportunidad busca principalmente aliviar el trabajo del ministerio público y de los tribunales penales⁸¹⁵, y de esta forma,

NAUCKE, en *FS für Grünwald*, pp. 403 y ss., 418 y ss. Así ocurre, por ejemplo, en Austria, conforme al §42 ÖStGB. Véase: LORENZEN, en *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, pp. 541, 549; HAMM, en *NJW* (1996), pp. 2981, 2982. Se ha considerado incluso que la oportunidad no es nada distinto de una forma procesal de descriminalización como compensación por una criminalización hipertrofiada en el derecho penal material. BAUMANN, en *ZRP* (1972), pp. 273 y ss. cree aconsejable que algunos de estos hechos nocivos sean reconducidos a la Ley de Contravenciones e Infracciones Administrativas (OWiG).

⁸¹² Véase: HEINZ, en *FS für Brohm*, pp. 351, 358. Se cree que la mayor parte de las consideraciones de oportunidad también se dan en la práctica, véase: VULTEJUS, en *ZRP* (1999), pp. 135, 136.

⁸¹³ Compárese con HEINZ, en *FS für Brohm*, pp. 351, 360; en concreto, ese 26,5 % incluye todos los criterios de oportunidad, incluso los de la JGG. Según estadísticas para el 2006, Véase: JEHLE, *Strafrechtspflege*, pp. 20 y ss.; LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURGER, en *ZStW* (2011), p. 655.

⁸¹⁴ Compárese en total con HASSEMER, en *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, pp. 529, 535; HERTWIG, *Einstellung*, p. 252; BLAU, en *Jura* (1987), pp. 25, 34; para una postura crítica, véase: WOLDENBERG, *Diversión*, p. 103. En parte se propone incluso que a la policía se le confíen más poderes para la terminación de procedimientos penales en los que participa conforme al §153a StPO, por ejemplo. Se ocupa de las ventajas que ello traería (en el ejemplo de Inglaterra) JASCH, en *NJW* (2004) pp. 1077 y ss., que comprueba enseguida que ni el principio de legalidad ni el principio de división de poderes permitirían tal procedimiento.

⁸¹⁵ Quienes apoyan las limitaciones impuestas al principio de legalidad procesal argumentan sobre todo la necesidad práctica. Véase: GERLAND, *Der deutsche Strafprozess*, p. 159; MARQUADT, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, pp. 90, y ss.;

generar un ámbito suficiente y efectivo para la persecución de los delitos graves, que no se podían investigar con la profundidad requerida.

1.2.1 Los elementos del principio de oportunidad

El ministerio público tiene la facultad de aplicar el principio de oportunidad, pero no la obligación de hacerlo, pues puede archivar el procesamiento penal o bien levantar acusación, según considere. Las condiciones son las mismas que las del principio de legalidad procesal, es decir, la sospecha suficiente de una actuación sancionable y la presencia de las condiciones procesales necesarias en la etapa de investigación. Si estas condiciones existen, tiene que decidir el ministerio público lo que debe acontecer con el procedimiento.

De esta forma se relacionan en un primer momento los principios de legalidad procesal y de oportunidad. Sin embargo, la idea de este trabajo es modificar ese entendimiento y ahondar en la concepción que clama por su complementariedad. En las siguientes páginas daremos cuenta de esa evolución, de la concreción del principio de legalidad procesal ajustada a los sistemas penales contemporáneos y de cómo debe ser el entendimiento del principio de oportunidad dentro de un sistema penal.

1.3 Aproximación a un nuevo entendimiento del principio de legalidad procesal

En el sistema penal es posible poner en duda que el esquema *per se* sea capaz de inducir al ministerio público a cumplir con la idea dominante de que todo probable delito debería ser perseguido. Este

SCHÜRER, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips*, pp. 33 y ss.; WAGNER, *Zum Legalitätsprinzip*, pp. 167 y ss. Aunque no se debe olvidar que, junto con las consideraciones de oportunidad, existen otra serie de institutos como los preacuerdos, las conformidades, los juicios simplificados, entre otros.

puede considerar oportuno no perseguir un probable delito⁸¹⁶, y mostrar cargos como insuficientes probatoria o legalmente, lo que demuestra que existen y son utilizadas posibilidades prácticas para desviarse del ideal del ejercicio de persecución absoluta⁸¹⁷.

Lo anterior, como ya se ha reiterado en varias partes de este trabajo, se da principalmente por la imposibilidad de llevar a la práctica el ideal de la persecución absoluta⁸¹⁸. Ahora bien, si la realidad es así, ¿por qué algunas legislaciones y algunos autores aún insisten en mostrar una persecución total?

Como ya se ha intentado demostrar, esta explicación se debe buscar en los orígenes de esta obligación. En las legislaciones continentales su hegemonía se vincula con la desconfianza hacia los jueces inquisidores como antecedente lejano, y hacia las oficinas de persecución en algunos Estados alemanes durante los años 1848-1849, lo que desencadenó la necesidad de regular toda la actividad estatal⁸¹⁹. Es parte de la ideología liberal en los sistemas del *civil law* que la norma legal, interpretada sin las intrusiones de políticos, acorde con una formal ciencia del derecho, no puede ser morigerada. Del mismo modo que el cambio de decisiones tampoco debería sustentarse en razones políticas, pues debe ser suficiente acudir a criterios legales. De otra parte, es bueno recordar que, para la época de creación del principio de legalidad y su concreción en la legislación, el procedimiento penal era considerado como una instancia en la cual se debía trabajar mediante la correcta subsunción en las categorías legales. El juez inquisidor era a quien se confiaba la decisión de comenzar un proceso penal cuando quiera que los fundamentos inquisitoriales

⁸¹⁶ WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 160 y ss. Añade además que la ley penal alemana es como un “corsé” que se puede aflojar por los fiscales para conseguir resultados a través de convenientes o deseables motivos independientes.

⁸¹⁷ WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 24 y ss., 61 y ss.

⁸¹⁸ WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 168-172.

⁸¹⁹ En general, la ideología liberal se considera como un factor potente de explicación, véase: WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 29 y ss.

fueran conocidos. En estas circunstancias, el poder de mostrar piedad y archivar procesos era negado por la burocracia judicial.

Luego de las reformas de mediados del siglo XIX, la función de persecución fue separada de la judicial⁸²⁰. En estas circunstancias, el principio de legalidad procesal se consideró como elemento necesario para el mantenimiento del principio de igualdad ante la ley, como equilibrio en el proceso y como contrapartida al monopolio de la acusación del ministerio público⁸²¹. Por ello se convirtió en uno de los principios base del procedimiento penal, por lo que siempre se procuraba su acatamiento en todas las actuaciones sin ninguna consideración personal⁸²². Incluso se intentó buscar su aplicación en relación con la pequeña criminalidad. Su fundamento, además de la idea de retribución imperante en las teorías de la pena era que, en un Estado de derecho, se deberían establecer los presupuestos para una persecución en virtud primordialmente del principio de igualdad y de certeza⁸²³.

Sin embargo, ya desde su promulgación y específicamente en el ámbito de la pequeña criminalidad, se constató su limitada aplicabilidad⁸²⁴, lo que fue objeto de múltiples críticas⁸²⁵ que, con el

⁸²⁰ Por contraste, en países del *civil law*, la administración de la justicia penal no está en manos de profesionales legales, sino principalmente de las élites locales. El poder indiferenciado para mostrar piedad corre a través de todo el sistema, por ello resulta difícil entender decisiones procesal-penales como una cuestión técnico-legal. LANGBEIN, en *Law & Soc'y Rev.* (1979), pp. 267 y ss.

⁸²¹ Para los problemas respecto a la división de funciones en el proceso y el papel del juez, compárese con HASSEMER, en *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, pp. 529 y ss., 531; además, véase: KAUSCH, *Der Staatsanwalt*, pp. 70 y ss.; WEIGEND, *Anklagepflicht*, p. 79; HIRSCH, en *ZStW* (1980), pp. 218, 230 y ss. Véase también: ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 85; BGHSt. 15, 155, 159 en NJW 1960, 234.

⁸²² ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, §14 A.

⁸²³ Así, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, §14 A, basándose en los artículos 3, 103 II del GG.

⁸²⁴ Esto, dado que el principio de legalidad procesal se considera que nace con una crisis de legitimación interna. En efecto, la obligación de persecución básica resulta de la aplicación a ultranza del derecho penal material en el sentido de garantizar la

correr del tiempo, se han reflejado en numerosas medidas legislativas que se introdujeron durante todo el siglo XX y XXI, y a las cuales se las caracterizó como manifestaciones del principio de oportunidad⁸²⁶.

De esta forma, la obligación de persecución se fue resquebrajando⁸²⁷ en una serie de excepciones o, lo que es más apropiado decir, empezó a ser consecuente con la realidad de las circunstancias y del proceso penal, dándole la posibilidad al ministerio público de que renunciara al procedimiento con base en consideraciones prácticas o en motivos de justicia material, a pesar de la existencia de una actuación delictiva susceptible de ser llevada ante los tribunales⁸²⁸. Pero esto no se podía establecer ilimitadamente, sino que se debía determinar, en primer lugar, político-criminalmente, lo que trajo numerosas consecuencias⁸²⁹.

Aunque es necesario advertir que no toda excepción a la legalidad procesal constituye un caso de oportunidad⁸³⁰, habiendo de atenderse a los presupuestos e intereses jurídicos que en cada hipótesis sean puestos en juego. De hecho, tampoco se puede decir que el principio de oportunidad abarque todas las terminaciones del procedimiento que puede realizar el ministerio público⁸³¹. Con esta solución no se pretende generar una validez excepcional del principio de legalidad

defensa de bienes jurídicos y de la tarea del procedimiento penal de mantener la convivencia pacífica en la sociedad (*Rechtsfriedenssichernden*).

⁸²⁵ Pero, además, el movimiento hacia un Estado de bienestar fue acompañado por un nuevo acercamiento al crimen, enfatizando la política social a expensas de consideraciones legales.

⁸²⁶ Como ya se tuvo oportunidad de ver en la primera parte de este capítulo. Estas medidas se sustentan en el principio de proporcionalidad; véase: RIESS, en *NSZ* (1981), pp. 5 y ss.

⁸²⁷ GEPPERT, en *Jura* (1986), pp. 309 y ss.

⁸²⁸ Aunque ya se ha señalado que la comisión de delitos en masa no es motivo, en sí mismo, para restarles importancia y, por ende, considerarlos una bagatela o ser objeto de medidas extremas.

⁸²⁹ RIESS, en *NSZ* (1981), pp. 4 y ss.

⁸³⁰ HENKEL, en *Strafverfahrensrecht*, pp. 181 y ss.

⁸³¹ Como ya se dijo, existen casos en que se termina la persecución porque no se pudo demostrar la culpabilidad del investigado, algo totalmente distinto a la utilización del principio de oportunidad.

procesal⁸³², sino generar la posibilidad de crear una respuesta acorde del Estado ante la existencia de un hecho punible, dependiendo de sus características particulares, de manera que se potencie la consecución de la solución adecuada para el caso concreto y se optimicen los escasos recursos con que cuenta la administración de justicia.

Pero para ello es necesario reconocer que existen intereses jurídicos superiores que harían inadecuado un proceso penal. Este extremo debe ser definido teniendo en cuenta los avances jurídicos de la época, las experiencias de otros países con realidades jurídicas similares y las condiciones, los recursos y las posibilidades reales para hacer eficiente el sistema de justicia penal (que incluye a la policía, al ministerio público, a los defensores públicos, a los tribunales, a los funcionarios penitenciarios, a las cárceles mismas, entre otros). Y no solo eso, sino que además es preciso tener en cuenta la particular situación político-cultural del país, ya que el derecho, sus instituciones y su práctica están subordinados a la política o viceversa, por lo que la estructura de la sociedad, incluyendo el Gobierno y su relación con los tribunales de derecho, debe ser significativa en cualquier justificación sobre cualquier institución como la aquí estudiada.

En todo caso, una vez determinado lo anterior y para evitar que las excepciones pasen a ser la regla, se ha establecido el principio de oportunidad como precepto que pretende contener todas aquellas situaciones donde exista un hecho con características para ser considerado como delito, susceptibles de ser cobijadas por el archivo simple del procedimiento. De esta manera, cuando la ley le permite al ministerio público no ejercitar la acción penal está actuando legalmente, es decir, cumple y se adecúa al principio de legalidad. Si la ley prevé el principio de oportunidad, el ministerio público actúa legalmente. Ello se orienta a una economía procesal, eliminando procesos inútiles por falta de eficacia práctica en un pronunciamiento, en beneficio de una mayor atención a los procesos por hechos socialmente trascendentes.

⁸³² POTT, *Die Außerkräftsetzung*, pp. 41 y ss.

Estaríamos frente a una concreción revitalizada del principio de legalidad procesal, como principio del procedimiento penal donde la regulación corresponde a una obligación de persecución con excepciones normalizadas, acorde con el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho procesal penal. Ello sería mejor que el modelo contrario de una discrecionalidad abierta en la persecución. Igualmente, se debe dejar claro que la obligación de persecución dentro de un derecho penal material más preventivo es adecuada, y tiene que poder justificar las limitaciones de la obligación de persecución, así como señalar sus escalas. Tal motivación del principio de legalidad procesal es posible. Así las cosas, también dentro de un sistema con un principio de legalidad procesal estaría limitada la obligación de persecución, algo que antes se comprendía como una excepción sistemáticamente discutible o como ruptura⁸³³.

Así las cosas, se debe empezar a entender que el principio de legalidad procesal exige que la no persecución del delito tenga lugar precisamente en aplicación de los criterios establecidos por el legislador. Ello, dado que principio de legalidad procesal, al menos respecto a la regularidad urgentemente deseable del ejercicio de la justicia penal, no puede apoyar la arbitrariedad. De esta manera, el principio de oportunidad no es opuesto al de legalidad, sino que lo completa y lo complementa⁸³⁴.

Se trata, entonces, de establecer, luego de consideraciones político-criminales objetivas, pautas para la aplicación del principio de oportunidad dentro de fines principales y razonables. Lo anterior dada la necesidad de compatibilizar el ideal de justicia absoluta que se persigue mediante el principio de legalidad procesal con la ponderación del caso concreto y la orientación a las consecuencias que defiende el principio de oportunidad. Ahora, si bien es cierto que

⁸³³ Esto implica que va implícita la no arbitrariedad en la conjunción de los dos principios. SCHROEDER, en *FS für Peters*, pp. 412.

⁸³⁴ Complemento (del latín *complementum*). Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta. *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición. GEPPERT, en *Jura* (1986), p. 312; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, pp.198 y ss.

siempre se afirmaba que la igualdad⁸³⁵ y la publicidad serían las más importantes consecuencias de la vigencia del principio de legalidad procesal, relativas al objeto del proceso, el hecho es que difícilmente se puede hablar de una concreción real del principio de legalidad procesal, dada la falta de elementos cuantitativos y cualitativos suficientes para su consecución. Además, surge un cuestionamiento sobre el alcance de un logro efectivo de justicia mediante este principio, pues las ideas acerca del nivel de realidad que subyacen al mencionado principio son erróneas e ingenuas. Ni siquiera a través de una estricta aplicación del principio de legalidad procesal se plasma el derecho penal material en la realidad, por el contrario, cada norma tiene su propia zona gris, por lo que la filosofía del principio de legalidad no puede llegar a convertirse en realidad.

Es que el principio de legalidad procesal, como se suele entender, tiene un fundamento que no es racional, asentado en una base falsa, pues dice proteger el derecho de igualdad, pero como ya vimos, el ejercicio del poder penal es tan selectivo que este principio se afectaría de cualquier manera, en cualquier época y en cualquier sociedad. Es una falacia pretender que el proceso penal llegue a la búsqueda, a toda costa, de la verdad material⁸³⁶. Adicionalmente, la investigación procesal penal está sometida a los mismos valores éticos y jurídicos del Estado. Por ejemplo, casos donde se presente prueba prohibida o prueba ilícitamente obtenida constituyen derogaciones de una rígida y primaria lectura de legalidad ordinaria.

Puesto que no existe Estado alguno que pueda perseguir todos los delitos que se cometen en la sociedad, ni siquiera los que llegan a su

⁸³⁵ Véase sobre la situación actual, KUDLICH, “El principio de legalidad en el derecho procesal penal”, pp. 437 y ss.

⁸³⁶ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 142 y ss. “No es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser alcanzada a cualquier precio”. De forma similar, véase: CARNELLUTI, *La prova civile*, pp. 29 y ss., donde considera que la verdad material no se trata más que de una metáfora, ya que es fácil observar cómo la verdad no puede ser más que una, de manera que, o la verdad formal o jurídica coincide con la material, y no es más que verdad, o disiente de esta y no es sino una no verdad.

conocimiento, sería un falso postulado afirmar la vigencia del principio de legalidad procesal así entendido. Esta situación actualmente es palpable de forma particular por el incremento expansivo del derecho penal a ámbitos anteriormente ajenos a su competencia, con la consecuente proliferación de tipos penales.

En todo caso, la aplicación del principio de oportunidad, siempre que se esté frente a delitos graves, no se plantea. En efecto, en el campo de estos delitos, el ministerio público debe perseguir “todos los delitos, en lo que exista suficiente base fáctica”. Claro está, el principio de legalidad procesal para delitos graves no es casualidad. Los estándares legales, las limitaciones y las soluciones han sido meticulosamente designados para mantener la estructura institucional y para servir a las políticas del sistema de justicia penal. El principio logra conseguir, finalmente, lo que es inmensamente importante en la tradición del *civil law*: tratar casos comunes parecidos, obedeciendo lealmente la determinación legal de caracterizar algo como delitos graves, previniendo interferencia política u otras corruptelas que podrían inhibir la persecución. En este punto, el principio de legalidad procesal debe ser visto y entendido más como ideal que como una consecuente regla de determinación.

1.4 El principio de oportunidad dentro del sistema penal

El legislador, que pretende el acatamiento de normas jurídico-penales, considera, por lo general, proveer la norma en cuestión con una amenaza penal, en la cual el castigo aparezca como algo subsidiario. Con esta amenaza se debe conseguir que la norma se tome con seriedad y sea efectivamente cumplida. Es tarea del derecho penal la afirmación simbólica de la inviolabilidad del sistema jurídico, el castigo de las violaciones al derecho mediante sanciones estatales y el hacer al autor, según su merecimiento, responsable.

Se debe analizar, una vez contestada la importante cuestión sobre qué normas de derecho son tan importantes como para que sean respaldadas por una amenaza penal, cuándo y cómo se debe reaccionar

adecuadamente de forma diferenciada y menos lesiva que la del castigo ante una lesión estándar. A continuación, se presenta la pregunta por el tipo de amenaza de sanción que se puede justificar, calculando para esto la importancia de la norma que se debe proteger. Y aquí precisamente pueden entrar en consideración las transformaciones en la concepción de las normas. En todo caso, el derecho penal en total está en un cambio constante, y ello no es, de ninguna manera, un signo negativo o descalificante. *Ius criminalis semper est reformandum.*

Según la concepción convencional, se impone una sanción a aquella persona que ha infringido una norma de derecho penal, pues habría estado en su poder portarse conforme a la regla⁸³⁷. Su comportamiento se le puede reprochar porque ha elegido libremente su proceder; esto también está moralmente prohibido. Si existe un reproche por el quebrantamiento de la ley, está autorizado el Estado y obligado, por la restricción resultante de la pena, a estudiar su imposición según criterios tanto preventivos generales como especiales. Sin embargo, cada vez más se impone la concepción de que, en cualquier caso, la reacción estatal ante una lesión no debería imponerse más severamente de lo que es necesario en relación con la hipotética culpabilidad de la acción⁸³⁸. Si es posible renunciar a la reacción absolutamente, entran aquí consideraciones relativas al principio de oportunidad. Consideraciones preventivas generales y especiales en relación con cuestiones del derecho penal de la culpabilidad y del principio de oportunidad conducen al resultado de que, en cualquier

⁸³⁷ Según ROXIN, en *ZStrR* 104 (1987), p. 369, son la capacidad de culpabilidad, la capacidad de autocontrol de accionamientos psíquicos y la reactividad normativa que resulta de ello de una persona en una situación específica. De forma culpable actúa quien deliberadamente o negligentemente realiza una injusticia penal, aunque estaba disponible de forma normativa la decisión correspondiente.

⁸³⁸ Aunque en tiempos más recientes se intenta superar el principio del derecho penal de la culpabilidad, buscando teorías nuevas para el dominio del comportamiento del infractor. Véase: KUNZ, en *ZStW* (1986), pp. 823 y ss.; el hecho de que aún reine este principio no obsta para que sea posible trabajar sin el derecho penal de la culpabilidad. Véase también: SCHULTZ, *Einführung*, p. 179 y ss.; KERN/ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 376.

caso, se puede renunciar no ya a una sanción estatal sino incluso a la persecución penal, allí donde no parezca necesaria teniendo en cuenta la culpabilidad de la acción⁸³⁹ y la necesidad de una sanción al autor.

Igualmente, desde consideraciones político-criminales, el ahorro de trabajo para los órganos de procesamiento penal de forma temprana ya en la etapa de investigación por un archivo y no solo al final, en la vista oral⁸⁴⁰, es un imperativo dentro de los sistemas penales actuales. Por eso, se ha ofrecido una nueva lectura del principio de legalidad procesal, porque el principio de oportunidad es útil en sentido preventivo general, específicamente en su aspecto negativo, esto es, frente al impedimento de actuaciones sancionables similares por parte de terceros. El principio de oportunidad permite una selección óptima de los casos en los cuales una sanción del autor para la consolidación de la conciencia del derecho general o para la intimidación de otros autores sea necesaria⁸⁴¹. Se deben encontrar también medidas en el marco de la oportunidad, para que cada injusto merecedor y necesitado de pena sea perseguido⁸⁴². Detrás de esto está la idea de que la efectividad de la prevención penal debe depender menos del número de los castigos cubiertos absolutamente, y más de la reacción adecuada y la aplicación de sanciones a los casos correctos. De esta forma, se ejerce la influencia deseada sobre el público únicamente donde las sanciones penales aparecen como efectivamente apropiadas⁸⁴³. Bajo la égida rigurosa del principio de legalidad procesal, como se venía entendiendo, se podría conducir, en cambio, a la

⁸³⁹ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, p. 311.

⁸⁴⁰ Véase: HASSEMER, en *FS für Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, pp. 529 y ss., 534; PERDOMO TORRES, en *CPC 94* (2008), p. 146.

⁸⁴¹ Así, por ejemplo: ZIPF, en *FS für Peters*, pp. 487, 496.

⁸⁴² Véase: ERB, *Legalität*, pp. 121 y ss. El principio de legalidad puede ayudar suficientemente a conseguir que se den las posibilidades de protección jurídica a la víctima. Sobre ello, véase: WEIGEND, *Anklagepflicht*, p. 84. La oportunidad puede ofrecerse incluso en situaciones donde se pueden argumentar motivos de prohibición de exceso; compárese con WALTER, en *ZStW* (1983), pp. 32, 50 y ss.

⁸⁴³ ERB, *Legalität*, p. 151.

persecución inflexible de bagatelas, algo que fácilmente sería interpretado por el público como una traba⁸⁴⁴.

A esto se le puede oponer, naturalmente, que por la no persecución regular de delitos específicos o de tipos de delitos se pierde el efecto de intimidación de la amenaza penal. El motivo de la orientación de la actuación personal conforme a unas normas penales es, en primer lugar, el miedo a la sanción⁸⁴⁵. Las consideraciones respecto al efecto preventivo general se resignan, sin embargo, tanto a una como a otra dirección. Porque las dos ópticas se pueden cubrir en cada caso empíricamente pero de modo insuficiente⁸⁴⁶. Por lo tanto, tienen el mismo carácter especulativo ambas motivaciones. La afirmación de una cosa es tan plausible como la afirmación de lo contrario: por lo tanto, este argumento de legalidad y oportunidad no puede invertir la relación de complementación razonable.

Algo idéntico vale para el segundo aspecto de la política criminal, la prevención especial negativa: caen bajo esta los aspectos que deben disuadir al autor en el futuro de la misma forma en acciones parecidas. Se argumenta que, según el principio de oportunidad, una buena y adecuada dosificación de la reacción penal respecto a la exigencia de resocialización permitiría el objetivo de la prevención especial. Por ello, el principio de oportunidad posibilita el que, por ejemplo, en caso de una infracción única a la ley y no grave del autor, se tome en consideración una renuncia a la persecución. Esta renuncia puede corresponder a una justicia penal orientada hacia la resocialización más que a la persecución, sin diferenciación de todos los delitos y sin consideración de las singularidades específicas del autor⁸⁴⁷. A esto se le podría oponer que también el derecho penal material ofrece una libertad de movimiento de diferenciación suficiente para garantizar

⁸⁴⁴ KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, pp. 24 y ss. Además, véase: POPITZ, *Präventivwirkung*, pp. 17 y ss.

⁸⁴⁵ Véase: POTT, *Ausserkraftsetzung*, pp. 159 y ss.; WEIGEND, *Anklagepflicht*, pp. 68 y ss.

⁸⁴⁶ Véase: ERB, *Legalität*, p. 153.

⁸⁴⁷ Véase: WOLDENBERG, *Diversion*, p. 171.

una dosificación adecuada del derecho penal⁸⁴⁸. Sin embargo, también estos aspectos son, ambos, en su efectividad exacta en el comportamiento del investigado, difícilmente demostrables de forma empírica. Por eso, no puede contribuir tampoco la prevención especial a la delimitación de los dos principios.

Sea como fuere, en este escenario la existencia del principio de oportunidad se considera más que adecuada, fundamental para lograr acercarse a ese ideal dentro del proceso penal. Una idea principal que subyace a su implementación es que permitiría racionalizar la selectividad intrínseca del sistema penal⁸⁴⁹. De esta manera, se pretende contar con un mecanismo formal que opere gracias a las facultades otorgadas legalmente al órgano encargado de la persecución penal, que se pueden dar o de una forma perfecta y exhaustiva, o dejando a la administración en libertad para elegir la solución que estime oportuna dentro del marco dado por la ley.

2. ARGUMENTOS ADICIONALES EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Adicionalmente, existen otros argumentos favorables que, sumados a las respuestas ante las críticas vertidas en la primera parte de este capítulo, nos ayudan a entender aún mejor el principio de oportunidad y a justificarlo. En Alemania, Wolter, por ejemplo, como ya se tuvo oportunidad de ver en el capítulo IV, lo considera como un elemento válido y necesario para el entendimiento cabal de un sistema integral de derecho penal. En España los argumentos en favor se refieren

⁸⁴⁸ Véase: ERB, *Legalität*, p. 157. El §46, inc. 2 StGB exige una consideración de hechos individuales en la excepción concreta.

⁸⁴⁹ O como señala ZIPF, *Kriminalpolitik*, §6, con su introducción se pretende canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular y deformante. Este principio es la manifestación en un momento posterior de lo que en un momento anterior es el principio de intervención mínima, según el cual, el legislador tipifica solo aquellas conductas que ostensiblemente atentan contra la convivencia, de tal suerte que tan solo con la conminación de una pena se puede garantizar dicha convivencia.

sobre todo a la práctica procesal. Se sostiene que el principio de oportunidad es el único que permite el tratamiento diferenciado de los hechos punibles, al dar la posibilidad de excluir de la persecución aquellos hechos donde se determine la culpabilidad mínima y que carezcan de interés público⁸⁵⁰.

Aguado considera que el hecho de mantener la vigencia del principio de proporcionalidad es uno de los argumentos en favor del principio de oportunidad⁸⁵¹. Vives Antón considera que el principio de legalidad no se vulnera en aquellos casos en los cuales es posible renunciar a la pena, ya que no cumpliría sus fines. Avanzando en su argumentación, considera posible evitar el juicio tanto en las infracciones menores en las que ha desaparecido el interés público en el castigo, como en aquellos casos en los que el presunto culpable ha sufrido ya una *poena naturalis* u otro tipo de circunstancias que hagan innecesario el recurso al derecho penal, aunque eso sí con la posibilidad de ulterior control judicial. Finaliza apuntando que son estas herramientas las que necesita la justicia penal para poder llegar a ser realmente efectiva. Gimeno Sendra⁸⁵² señala razones de política criminal junto con las de interés público para apoyar esta figura. Dichas razones pueden evidenciar que no se aconsejable la apertura del juicio y la imposición de una pena privativa de la libertad. Como motivos específicos incluye: el evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; el obtener la rehabilitación del delincuente a través de su sometimiento voluntario a un tratamiento de readaptación, quedando condicionado el sobreseimiento al efectivo cumplimiento de este; la estimulación de la pronta reparación del daño, junto con otras condiciones o mandatos, como un pago al Estado; y, finalmente, razones de economía procesal.

⁸⁵⁰ CONDE-PUMPIDO, en *PJ*, N. VI, p. 26.

⁸⁵¹ También hace referencia a la necesaria vigencia del principio de proporcionalidad PEDRAZ PENALBA, "Principio de proporcionalidad", pp. 321 y ss.

⁸⁵² GIMENO SENDRA, en *PJ* N. especial, II, pp. 36 y ss. Por otra parte, todos estos motivos son rebatidos por SANTANA VEGA, en *ADPCP* 1994, pp. 111 y ss., 115 y ss.

Como se puede observar, el principio de oportunidad de la forma como se entiende en este trabajo, es acorde con los principios constitucionales y en cuanto a las críticas relativas a los aspectos procesales en la propuesta que se presenta, se han solventado adecuadamente algunos, y otros están íntimamente relacionados con la eficiencia en el proceso.

III. JUSTIFICACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En este aparte del trabajo lo que se busca es justificar la existencia del principio de oportunidad, como se considera que debe ser entendido según se tuvo oportunidad de ver en el capítulo cuarto, mediante herramientas adicionales al derecho penal y procesal penal, específicamente utilizando el análisis económico del derecho, en la medida en que la introducción y la existencia misma del principio de oportunidad van indisolublemente ligadas a consideraciones de eficiencia, gestión de recursos y economía del procedimiento.

En primer lugar, sabemos que la ciencia económica busca entender la conducta humana como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos⁸⁵³. Lo anterior implica tratar de resolver el problema del empleo eficiente de los escasos recursos frente a necesidades ilimitadas. En síntesis, la economía busca entender por qué los individuos se comportan de *x* manera en relación con *y* recurso. De otra parte, el derecho básicamente es la regulación de conducta humana.

Dentro de este contexto, el análisis económico del derecho (AED) puede ayudar a analizar la plausibilidad de ciertas opciones en el sistema judicial, ya que es una aplicación del método económico al derecho. La idea que subyace a este tipo de análisis es que al ser metódico en el pensamiento, es posible llegar a descubrir problemas

⁸⁵³ ORTIZ DE URBINA, en *RDPC* 2 (2004), p. 35.

que las decisiones públicas tienen, y de esta manera ayuda a identificar desde decisiones legales absurdas o contraproducentes, hasta sistemas legales-estructuras jurídicas ineficientes que a la larga deberían terminar siendo eliminadas. En suma, el AED intenta señalar los costos de un determinado curso de acción. La relevancia de introducir la lógica económica a los problemas del sistema judicial es que ayuda a entender aristas que no se veían antes o que se ocultaban para justificar determinada decisión⁸⁵⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a proceder a exponer cuáles son sus principales presupuestos, para que, una vez se tenga claro qué es el AED, sea posible utilizarlo para justificar la existencia del principio de oportunidad en un sistema jurídico determinado.

El AED presenta dos vertientes de análisis: una normativa que es prescriptiva, cuyo objetivo es proponer cuál debe ser el contenido normativo en un sistema jurídico para que sea eficiente; y una positiva, que es descriptiva, cuyo objetivo es prever el resultado que unas normas determinadas producirán en una sociedad específica.

1. EL ENFOQUE POSITIVISTA

Dentro de los presupuestos económicos del AED, se establecen como punto de partida las siguientes premisas:

1. Las personas se consideran agentes económicos y persiguen como objetivo maximizar su beneficio.
2. Los agentes económicos actúan racionalmente, lo que permite predecir su comportamiento ante cambios en el ordenamiento jurídico.
3. El conjunto de las preferencias de los agentes económicos es estable, transitivo y libre de contradicción.

Entonces, el análisis económico del derecho positivo se dedica a describir de qué manera se afecta el comportamiento humano con la promulgación de una norma jurídica. Lo anterior teniendo en cuenta

⁸⁵⁴ Por ejemplo, el argumento relativo a la utilización de una normativa determinada por el hecho de que viene de un país con desarrollos en la materia.

que los sujetos actúan buscando aumentar su utilidad de manera que, en el momento de la promulgación de una norma, considerarán si realizan o no la conducta establecida en el supuesto jurídico, dado que ello conlleva un precio implícito en la toma de sus decisiones. Este enfoque positivista no considera incluir cuestiones de justicia o equidad en el AED de las instituciones jurídicas, dado que no es posible cuantificar o expresar dicha variable mediante una función matemática y menos es una cuestión susceptible de ser establecida en términos de verdad o falsedad.

En suma, analiza cómo responderán los sujetos ante los cambios de las leyes, dentro de una constatación de la conducta racional de los primeros.

2. EL ENFOQUE NORMATIVO

Por su parte, el análisis económico del derecho normativo busca generar un cambio normativo, sobre la base de una premisa de eficiencia en la asignación de los recursos, lo que implica efectuar un juicio de valor acerca de la preeminencia de la eficiencia, como criterio que debe orientar la legislación.

Al tratar de responder la pregunta de por qué es necesario perseguir la eficiencia como meta primordial del sistema jurídico, debe ocuparse del concepto de *justicia*, ya que busca investigar la finalidad que persiguen las normas, su lógica, y esto remite con mayor fuerza al ámbito de la conducta humana. Dicho enfoque se traduce en un juicio de valor, donde se evalúan, con base en la eficiencia, los ordenamientos jurídicos, teniendo presente que las normas como instrumentos para lograr metas sociales, deben siempre optar por la decisión menos costosa.

Ello implica que se valore la eficiencia como premisa que subyace a la ley, de manera prevalente a otras premisas, como por ejemplo, la equidad, en la búsqueda de determinar cómo el ordenamiento jurídico

puede ser modificado para obtener fines tales como la prevención de conductas indeseadas o ineficientes.

Optaremos por utilizar la corriente normativa que, en cabeza de Richard Posner, más ha desarrollado el AED, porque con su enfoque prescriptivo, donde rigen valores, principios y fines, permite ayudar a justificar el principio de oportunidad como se propone en este trabajo.

Para esta corriente normativa, la asignación eficiente de recursos es su meta primordial, y busca que el AED se erija como una teoría de la justicia, por lo que sus escritos se enfocan en sustentar por qué el principio moral básico del AED —la “maximización de la riqueza” o eficiencia— debe ser tomado en cuenta como un valor moral, ya que es consistente, definido, completo y capaz de formalizar una teoría moral.

Para Posner, lo que se busca de una teoría de la justicia es que como estructura organice las intuiciones de los ciudadanos y provea de una guía en el manejo de ciertos problemas morales en los que nuestras intuiciones no son tan claras. En definitiva, un criterio intuicionista debe ayudar simplemente a rechazar ciertas “monstruosidades” morales⁸⁵⁵.

Posner plantea la maximización de la riqueza como la pauta básica. Y la *riqueza* la define como el valor en dólares o el equivalente en dólares de cualquier cosa en una sociedad⁸⁵⁶. De lo anterior se desprende que es posible medir la riqueza a partir de lo que un individuo está dispuesto a pagar por algo o, si ya lo posee, desde lo que está dispuesto a recibir para desprenderse de ello. De esta forma, Posner utiliza el valor de los dólares por ser susceptible de comparación, a diferencia de las utilidades derivadas de los intereses personales que dependen de consideraciones particulares de cada individuo.

⁸⁵⁵ POSNER, *Utilitarianism*, p. 112.

⁸⁵⁶ POSNER, *Utilitarianism* p. 112.

La solución eficiente representa siempre la de menor costo social, puesto que ello permite la maximización de la riqueza, pero no necesariamente es la que proporciona mayor felicidad o utilidad a la población. Ello conlleva entender la eficiencia como racionalidad instrumental. Todo ello se sustenta en la autonomía de las personas, las cuales, de manera libre, optarán por un criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza. Ahora bien, este consentimiento da lugar a una compensación *ex ante*, ya que los individuos convendrían en la maximización de la riqueza para establecer las reglas de adjudicación.

Finalmente, para Posner, el principio de la maximización de la riqueza posee cinco puntos a su favor para ser considerado una auténtica teoría de la justicia, a saber:

Primero, una distribución inicial de los derechos individuales (a la vida, a la libertad, al trabajo) en cabeza de sus dueños naturales; segundo, libres mercados para permitir que dichos derechos sean reasignados de tiempo en tiempo a otros usos; tercero, reglas legales que simulan las operaciones del mercado cuando los costos de transacción son prohibitivos; cuarto, un sistema de remedios legales para disuadir y reparar las invasiones a los derechos; y quinto, un sistema de moralidad personal (las “Virtudes Protestantes”) que sirve para reducir los costos de transacción del mercado [...].⁸⁵⁷

Ahora bien, Posner reconoce que la maximización de la riqueza es un criterio claro en las transacciones voluntarias solo cuando el mercado es competitivo y libre de externalidades. Y añade que esa maximización se presenta mediante una compensación *ex ante*, y que al implementar la maximización de la riqueza en las políticas públicas y en las decisiones de los tribunales, se promueve el autointerés de los individuos, que igualmente consienten en ello.

Sin embargo, como algunos autores ya han señalado, la asignación inicial de derechos debe realizarse con base en un criterio distinto de la propia maximización de la riqueza, teniendo en cuenta que las

⁸⁵⁷ POSNER, *Utilitarianism*, p. 112.

personas eligen de acuerdo con su situación particular y con los recursos que posean⁸⁵⁸. Y, adicionalmente, como bien refuta Dworkin, en el desarrollo de Posner hay una confusión entre autointerés y consentimiento, que se ve claramente cuando ejemplifica la noción de *compensación ex ante*. En efecto, Posner afirma que si alguien compra un billete de lotería y pierde, consintió la pérdida, siempre que no haya habido fraude y que el precio del billete sea justo de acuerdo con las probabilidades de ganar el premio. Sin embargo, si la compra del billete no fue coactiva, no hubo fraude y las probabilidades de ganar representaban el coste del billete, tal vez sea justo que el apostador deba soportar la pérdida, pero de allí no se sigue que él la haya consentido⁸⁵⁹.

Finalmente, lo relevante del AED propuesto por Posner es que en síntesis, es posible entender que la riqueza tiene un valor instrumental para que los individuos puedan realizar sus proyectos de vida. Aunque de ello no se desprende que se imponga el deber de maximizarla como afirma Posner. El que sea valorada positivamente no implica el imperativo ético de la maximización⁸⁶⁰. Como ya se mencionó, la intención de Posner es que el AED se erija como una teoría de la

⁸⁵⁸ BAYÓN, “Justicia y eficiencia”, p. 265: “[...] la maximización de la riqueza es siempre *relativa a unos puntos de partida* dados, que no son sino el resultado de una distribución de derechos. Pero entonces la maximización de la riqueza no puede ser a su vez el fundamento de dicha distribución, porque sencillamente no es posible asignar los puntos de partida de un modo tal que se maximice aquello que solo puede ser definido tras haberlos asignado [...]”; DWORKIN, “Is Wealth a Value?”, 1980, p. 80; CALABRESI, “An Exchange”, pp. 554 y ss.

⁸⁵⁹ DWORKIN, “Why Efficiency?”, pp. 574 y ss., 584

⁸⁶⁰ Señala Rawls al respecto: “[...] es un error creer que una sociedad justa y buena deba esperar un nivel material de vida elevado. Lo que los hombres desean es un trabajo relevante en libre asociación con otros; y que estas asociaciones regulen sus relaciones con el resto en el marco de unas instituciones básicas justas. Para alcanzar este estado de cosas no es necesaria una gran riqueza. De hecho, pasado cierto punto es probable que ello sea más un obstáculo, una distracción sin sentido, si no una tentación para la dejadez y la vacuidad” *A Theory of Justice*, pp. 257-258.

justicia, pero existen estas y otra serie de falencias en su fundamentación que impiden que pueda llegar a serlo⁸⁶¹.

Junto con lo anterior, el AED también es muy valioso, ya que es posible utilizar sus presupuestos y estudios para la explicación funcional de una determinada práctica, con lo que sería irrelevante su incapacidad de reconstruirla conceptualmente. En concreto, en nuestra investigación, si mediante el AED es posible racionalizar la práctica de la aplicación del principio de oportunidad, esto de por sí es sumamente valioso y justifica su utilización, independiente de que se pueda llegar a establecer que detrás de la aplicación del principio de oportunidad exista o no la implementación de algún principio de justicia.

Además, la idea de entender la práctica es en sí misma valiosa, más allá de que pueda justificarse mediante alguna teoría de la justicia. Y puede que guarde similitudes con algunos de los verdaderos principios de justicia, lo que ayudaría a establecer el camino por seguir para implementar instituciones completamente justas.

En este caso particular, el objeto de las investigaciones económicas sería en realidad determinar en qué medida la implementación de una institución como el principio de oportunidad es útil para las sociedades que la implementan. Pasemos a ver la aplicación específica del AED en el proceso penal.

2.1 Consideraciones desde el AED del proceso penal

El análisis económico del derecho en relación con el proceso penal tiene como premisa la reducción tanto de los costos sociales de la administración de justicia⁸⁶², como de los costos que se generan por el

⁸⁶¹ Una de las principales falencias es que si su principio moral básico, la maximización de la riqueza, tiene un valor instrumental para otros valores, no puede llegar a sustentar una teoría de la justicia autónomamente.

⁸⁶² Los que se denominan *costos terciarios* y se originan por la liquidación y distribución del daño producido. Estos corresponden a los costos administrativos del sistema judicial, esto es, el precio del funcionamiento del proceso y que comprende, entre

error judicial. En todo caso, ello de entrada puede dar lugar a contradicciones, ya que en busca de disminuir errores judiciales se pueden invertir esfuerzos tanto técnicos como económicos que en últimas redundan en un aumento de los costos del sistema procesal⁸⁶³. Así las cosas, uno de los objetivos de eficiencia en un proceso penal debe orientarse a una reducción de errores a bajo costo⁸⁶⁴.

De esta forma, Posner considera que:

El objetivo de un sistema procesal, desde el punto de vista económico, es minimizar la suma de dos tipos de costos. El primero es el costo de las decisiones judiciales erróneas [...]. No debemos omitir el costo del sistema procesal⁸⁶⁵.

otros: los costes de presentación de una reclamación, las tasas, el intercambio de información, las negociaciones entre las partes y los gastos judiciales para la marcha de la litis. Por todos, véase: CALABRESI, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, *passim*.

⁸⁶³ COOTER/ULEN, *Derecho y economía*, pp. 530-532; POSNER, *El análisis económico*, pp. 549-551, como ocurre con la regulación de la apelación.

⁸⁶⁴ Sobre la apelación, Shavell señala que es socialmente deseable si el daño social del costo del error excede el costo social del recurso más el daño esperado del fallo que revierta el error. Agrega el autor que el Estado, con el fin de regular un sistema de apelación óptimo, debería establecer tasas para controlar las apelaciones con valor social negativo. Véase: SHAVELL, *Foundations of economic*, pp. 456-463.

⁸⁶⁵ Posner ejemplifica dichos costos. Así, respecto del costo de las decisiones judiciales erróneas, señala: “Supongamos que el costo esperado de un tipo de accidente particular es de \$ 100 y que el costo de evitarlo para el lesionado potencial es de \$ 90 (supondremos que el costo de evitarlo para la víctima es mayor de \$ 100). En caso de que el lesionado potencial esté sujeto a una norma de negligencia o de responsabilidad estricta, evitará el accidente si se supone que la norma se administra correctamente. Pero supongamos que en 15% de los casos en que ocurre un accidente el lesionado puede esperar eludir la responsabilidad gracias a las determinaciones erróneas de los hechos del sistema judicial. Entonces el costo esperado del accidente para el lesionado bajará a \$ 85, y, dado que esto es menor que el costo para él de evitarlo (\$ 90), no se impedirá el accidente. El resultado será una pérdida social neta de \$ 10. ¿O no?”. Luego explica el costo del sistema procesal: “Supongamos que para reducir la tasa de errores al imponer responsabilidad, de 15 % a 10 %, se requeriría una inversión adicional de \$ 20 por accidente en el sistema procesal. Entonces deberíamos tolerar la probabilidad de error de 15 %, porque el

Desde esta perspectiva, una solución eficiente ponderaría ambas clases de costes, obteniendo una respuesta óptima.

Ahora bien, en relación con las personas, entes u organizaciones que participan de una manera u otra en el proceso penal⁸⁶⁶, lo primero que se puede afirmar es que actúan persiguiendo sus propios intereses, no siempre coincidentes, sobre la base de sus valoraciones individuales⁸⁶⁷. Un proceso penal se constituye en el marco para la discusión judicial establecido por la ley, donde cada partícipe alberga expectativas diferentes⁸⁶⁸.

Por otro lado, las decisiones tomadas por los participantes del proceso judicial no son completamente libres, en la medida en que el proceso penal se desarrolla dentro de un marco normativo regulado generalmente por un código procesal penal. Por ende, el legislador, al elaborar las normas procesal-penales, debería poder tener en cuenta los costos de transacción en el momento de su elaboración.

En general, en el desarrollo de un proceso penal el Estado asume los costos de transacción relativos a poner en funcionamiento todo el aparato judicial para la investigación y juzgamiento de la conducta⁸⁶⁹. Por su parte, la víctima y el procesado, posible agresor, asumen los

costo del error (\$10) es menor que el costo necesario para eliminarlo (\$ 20)", POSNER, *El análisis económico*, p. 516.

⁸⁶⁶ Desde el legislador que establece el marco normativo en el que se desarrolla el proceso penal, pasando por el ejecutivo que a través de la policía y el ministerio público se encargan de crear las condiciones para el desarrollo del proyecto de vida de los miembros de una sociedad, los tribunales que se encargan de resolver los procesos que entran en su órbita, el procesado, su defensor, el querellante, la víctima cuando es distinta al querellante y la sociedad misma.

⁸⁶⁷ En las cuales se tienen en cuenta las variables de utilidad y escasez, buscando siempre obtener las metas por ellos establecidas.

⁸⁶⁸ Esas expectativas encarnan metas, las cuales pueden ser principales y alternativas, y se moldean de acuerdo con el desarrollo de proceso, de tal suerte que cuando quiera que la meta principal se torne difícil de alcanzar, existirá siempre la posibilidad de ajustar sus decisiones para la consecución de las metas alternativas.

⁸⁶⁹ Lo cual implica una serie de gastos de logística, papelería, servicios públicos, etcétera.

costos de su intervención dentro de un proceso penal. Pero al final, en términos económicos, para el Estado y los interesados o involucrados en el proceso penal todos esos costos en los que incurren no son compensados frente al beneficio que obtienen.

Tanto para la víctima, para el agresor, así como para el Estado, los costos de transacción que deben sufragarse por el proceso penal resultan absolutamente elevados, frente al poco o quizás ningún beneficio que ellos mismos obtienen⁸⁷⁰.

Dado que los recursos son escasos frente a las necesidades, en un proceso penal entran en consideración una serie de factores derivados de los intereses de los involucrados, pero básicamente cada caso que se ventile dentro de un proceso penal estará compitiendo por el tiempo y dedicación de fiscales y jueces para el tratamiento de otros casos pendientes. Para lograr una disminución de los costes del proceso penal, se debe intervenir o bien sobre el incremento de la oferta, o bien sobre la disminución de la demanda.

El incremento de la oferta está dado por el aumento de los recursos disponibles del sistema judicial penal y la disminución de la demanda por el decrecimiento de los procesos penales o la simplificación de los procedimientos. Y como ya se tuvo oportunidad de ver en el capítulo III, históricamente las leyes han buscado paliar las deficiencias de la administración de justicia y su correspondiente congestión actuando sobre la oferta, mediante la creación de más juzgados penales, el aumento de los recursos con que dispone el sistema penal y, finalmente, con el aumento de la infraestructura carcelaria. El resultado, en términos generales, ha sido el incremento en los costos de la administración de justicia, sin el correspondiente aumento en su eficiencia.

⁸⁷⁰ Cooter y Ulen afirman que el “castigo del Derecho Penal empeora la situación del victimario sin beneficiar directamente a la víctima” y menos al Estado. COOTER/ULEN, *Derecho y economía*, pp. 548.

Partiendo del supuesto económico básico de que los recursos son escasos, y las necesidades ilimitadas —dentro de las que se encuentran las necesidades de acceso a la justicia—, no sería económicamente viable que, por ejemplo, se gastara ilimitadamente en el sistema procesal con el objeto de reducir a cero la tasa de errores⁸⁷¹. Es necesario convivir con la existencia de los errores en el marco del proceso, y con un sistema procesal que funcione en un nivel que no genere necesariamente la mejor prestación del servicio de justicia (que puede ser excesivamente cara, pero no justificada).

Precisamente por ello, Posner considera, al referirse a los sistemas legales en los países pobres, que es posible que estos no estén listos para costear un buen sistema legal, pero sin un buen sistema legal puede ser que nunca lleguen a ser lo suficientemente ricos como para costear tal sistema. Por lo tanto, debido a que es más costoso y toma más tiempo crear instituciones legales eficientes que promulgar normas eficientes para que sean administradas por las instituciones ineficientes, es más plausible que la reforma se concentre en las normas⁸⁷². En efecto, la creación y diseminación de una regla supone pequeños costos fijos marginales insignificantes y no varía con respecto al número de personas a las que se aplicaría la norma.

De allí se desprende, además, que la relativa simplicidad de las reglas tiene dos consecuencias para un poder judicial débil:

1. Hace que la demanda de tiempo y competencia de los jueces sea menor, luego sea barato y probablemente sea exacta.
2. Se facilita el control de los jueces reduciendo la probabilidad de sobornos y la influencia de políticos. Cuanta menos discreción tiene un juez para tomar decisiones, más fácil es determinar la legalidad de su decisión o si favorece a un grupo determinado.

⁸⁷¹ El establecimiento de mecanismos de exactitud genera costes que se traducen en procesos más largos. SHAVELL, *Foundations of economic*, pp. 450-454.

⁸⁷² POSNER, “El análisis económico del derecho en el *common law*”, p. 14.

Por último, considera que es posible pensar en una compensación judicial mediante derechos de pensión generosos que se perderían si el juez es removido por incompetencia o corrupción, con lo que puede desanimarse de aceptar dinero u otra coima⁸⁷³. Estas consideraciones podrían aplicarse igualmente a fiscales en su condición de funcionarios públicos y teniendo en cuenta que el principio de oportunidad se aplica por este funcionario. El ministerio público, teniendo en cuenta que sus funciones básicamente son, a saber: el velar por el fiel respeto de las normas y del debido proceso y representar los intereses de la sociedad, requeriría una serie de incentivos. En efecto, dado que es prioritario que los fiscales no se aparten de la búsqueda del interés público, que consiste en desempeñar correctamente una función, acusando e investigando cuando deben, o no haciéndolo cuando no deben, o realizando un esfuerzo en un caso distinto del que requeriría su gravedad, y que, según Santos y Barberet, el ministerio público trabaja mediante relaciones de agencia⁸⁷⁴, es necesaria la creación de incentivos para compatibilizar los intereses dentro del ministerio público⁸⁷⁵. Estos incentivos, según los autores, serían tanto de tipo privado como público. Dentro de los primeros sobresalen las posibilidades de promoción y el reconocimiento dentro de su ámbito de competencia. Dentro de los segundos serían la inspección, el escrutinio y la información pública⁸⁷⁶.

Con ello se podrían implementar una serie de medidas para propender por la respuesta diferenciada en la persecución, teniendo en cuenta aquellos casos más relevantes con base en la culpabilidad

⁸⁷³ POSNER, “El análisis económico del derecho en el *common law*”, p. 14. Además, la creación de tribunales colegiados y jurados, la reducción de las penas para que baje la probabilidad del soborno y la creación de una corte que vigile al Gobierno.

⁸⁷⁴ PASTOR/BARBERET, “El ministerio fiscal y el sistema”, p. 27.

⁸⁷⁵ Relaciones de agencia que generan problemas por la rigidez de la estructura de recompensas, negativas o positivas, véase: PASTOR/BARBERET, “El ministerio fiscal y el sistema”, p. 28.

⁸⁷⁶ Aunque resaltan los autores que los mencionados incentivos no resolverían del todo los problemas.

mínima y la falta de interés público. Esto porque como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, los recursos son limitados y el ministerio público no tiene una capacidad ilimitada para perseguir todos los delitos⁸⁷⁷.

Para ello deben establecerse reglas, criterios y directrices teniendo como premisa que no pueden perseguirse todos los delitos que son conocidos por la administración de justicia. Tampoco se debe dedicar el mismo esfuerzo a todos por igual. Ello debe ser fruto de un análisis y del desarrollo de una política criminal, analizando las consecuencias de concentrar sus esfuerzos en los casos más graves y en la medida que disponga de capacidad de acometer los de menor gravedad.

Ahora bien, específicamente en relación con el derecho penal, los autores del AED consideran como premisa que la gente elige medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental)⁸⁷⁸. En el caso de los potenciales delincuentes, son individuos que la mayoría de las veces no tienen activos y por ello, optan por el delito, teniendo en cuenta dentro de sus cálculos, los beneficios y los costes que su acción delictiva les reporta y con miras, por lo general, a maximizar su función de utilidad. Es decir, cometen un delito cuando los beneficios de este superan los costos de cometerlo⁸⁷⁹.

Sin embargo, en estos casos no es suficiente con acudir a la jurisdicción civil para obtener una reparación⁸⁸⁰. Por ende, la sociedad necesita tener un derecho penal para respaldar al derecho de la responsabilidad civil extracontractual que le imponga sanciones no

⁸⁷⁷ PASTOR/BARBERET, “El ministerio fiscal y el sistema”, p. 45.

⁸⁷⁸ POSNER, “El análisis económico del derecho en el *common law*”, p. 10.

⁸⁷⁹ Gastos que implican desde las herramientas para cometerlo, la necesidad de utilizar más personas para la su realización —coautores, cómplices—, y, claro está, los costos de sanción legal multiplicados por la probabilidad de ser aprehendido.

⁸⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Una primera lección”, p. 79.

solo pecuniarias en un esfuerzo por imponer al causante del daño una pena igual o mayor que la utilidad que él espera por causar el daño⁸⁸¹.

Continuando con el argumento, las personas cuando optan por el delito, en vez calcular los costos de sus acciones en función de la magnitud total de la sanción que la conducta implica, lo que hacen es multiplicar la magnitud total de la sanción por la probabilidad de ser sancionados. Por ello, el derecho penal establece agravantes aumentando la sanción en aquellos casos de difícil detección, con el fin de compensar ese efecto de menor capacidad de detección.

De esta forma, el análisis costo-beneficio que realizaría un potencial criminal frente a la decisión de cometer o no el delito, supone, por una parte, ponderar el beneficio esperado por este, y, por otra, el riesgo de ser detenido y la severidad de la pena que le puede esperar⁸⁸². Claro que existen, además, una serie de motivaciones distintas que llevan a cada persona a cometer un delito y, adicionalmente, cierto tipo de delitos implican estados internos del autor que no dan cabida a análisis adicionales⁸⁸³.

Ello implica para el Estado tres posibilidades: o bien aumenta las penas; o aumenta la posibilidad de detección; o, en suma, la combinación de las anteriores. El aumento de las penas, herramienta preferida de los actuales legisladores, no ha mostrado ser adecuada por sí misma y por el contrario, en algunos casos es francamente contraproducente, pues incentiva a realizar delitos más graves a los potenciales delincuentes si la pena esperada para delitos de mediana o

⁸⁸¹ POSNER, “El análisis económico del derecho en el *common law*”, p. 11. Esto explica la severidad de las penas por tráfico de estupefacientes, delito que tiene costos sociales bajos. Como es un negocio lucrativo y sin víctimas, la dificultad de aprehensión es baja y la sanción óptima es alta.

⁸⁸² SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, pp. 113 y s.

⁸⁸³ Aunque también es posible considerar que en estos casos el autor varía las valoraciones que haría normalmente de los distintos factores en juego, no sustituyendo la ponderación costo-beneficio, sino lo que considerará costo y beneficio para su caso concreto.

baja gravedad se asemeja a los graves⁸⁸⁴. El aumento de la detección implica factores exógenos⁸⁸⁵ y endógenos⁸⁸⁶. Finalmente, la combinación entre el aumento de las penas y la posibilidad de detección implica una capacidad institucional mínima o creíble, en la cual se promueva no imponer grandes penas sino efectivamente imponer penas, es decir, sancionar bien, lo que generaría una sensación de riesgo al delincuente potencial.

Cuando las señales que el sistema judicial envía al mercado de la criminalidad indican que los costos de cometer crímenes son bajos, probablemente ello alentará a delincuentes potenciales a convertirse en delincuentes actuales⁸⁸⁷. Estas señales pueden darse por dos motivos: porque las penas impuestas son bajas, o porque la tasa de impunidad es alta⁸⁸⁸.

Si el sistema judicial es eficiente, los hechos delictivos se investigan adecuadamente y en la etapa de juicio se resuelven con celeridad, la sensación de impunidad disminuye y el costo de la criminalidad aumenta, logrando de ese modo un efecto preventivo general superior a la amenaza de graves penas que nunca llegan a aplicarse.

No debe olvidarse además que las sentencias en materia penal envían fuertes señales a la comunidad sobre el nivel de seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, lo que tiene fuerte impacto sobre muchas decisiones individuales, no necesariamente de índole penal⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, p. 114.

⁸⁸⁵ Que dependen en primer lugar de la capacidad de hacer frente a la investigación por parte de la policía y del ministerio público, algo relacionado directamente con los recursos que se le asignen a la entidad persecutora y a su capacidad de gestionarlos eficientemente.

⁸⁸⁶ Que hacen referencia específicamente a las capacidades del delincuente, a lo exitoso de su plan, a sus habilidades para acometer la empresa criminal, entre otros.

⁸⁸⁷ Si la capacidad de detección del Gobierno es muy baja el delincuente la asemeja a cero.

⁸⁸⁸ Como enseñó Cesare Beccaria hace más de doscientos años, esta última variable es la que más profunda impresión causa en los potenciales criminales.

⁸⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, pp. 119 y 128.

Inciden, por ejemplo, sobre el precio de los bienes, los seguros, las inversiones, los gastos en seguridad personal, entre otros.

Ahora bien, uno de los problemas del derecho procesal penal ha sido siempre la congestión judicial que genera un retraso en la resolución del litigio. Dicha apremiante situación ha llevado a que el sistema penal elabore fórmulas que hagan realidad la garantía de resolución de conflictos dentro de un plazo razonable.

2.2 Principio de oportunidad y consideraciones del análisis económico del derecho

La existencia en los sistemas penales del principio de oportunidad se podría justificar teniendo en cuenta que los recursos con los que cuenta un sistema judicial son escasos y debe propenderse por usarlos de manera eficiente.

Sin embargo, solo teniendo en cuenta el AED y sin tener en cuenta los elementos que conforman el principio de oportunidad que en este trabajo se defiende, se optaría por perseguir únicamente aquello que, en términos económicos, sería lo más importante. Ello de entrada pasaría por alto la ubicación y la utilización dogmática de los bienes jurídicos susceptibles de persecución penal, en la medida en que, para el criterio de eficiencia, lo realmente importante es lo que contribuiría al aumento del producto interno bruto (PIB) de una sociedad determinada.

De esta manera, se llegaría al absurdo de elevar como criterio regulador la persecución preponderante de todos aquellos delitos que afecten de manera directa al patrimonio económico por encima de delitos contra la vida o la libertad sexual, en los cuales las víctimas no sean económicamente productivas.

Adicionalmente, como ya se tuvo la oportunidad de exponer, la maximización de la riqueza como imperativo ético no alcanza para soportar una teoría de la justicia. Y en estas condiciones, se reafirma aún más para un proceso penal sustentado eminentemente sobre el

AED el hecho de que la maximización de la riqueza deja un residuo de monstruosidad moral.

Por ende, es necesario justificar el principio de oportunidad de la mano del AED y de los elementos garantísticos de los sistemas penales contemporáneos. De esta forma, el principio de oportunidad se justifica en la medida en que los recursos con los que cuenta un sistema judicial son escasos y debe hacer un uso eficiente de estos teniendo en cuenta las garantías irrenunciables del derecho penal.

Los problemas en el seno del procedimiento penal que trata el AED, como ya se mencionó, son la escasez de los recursos, lo que implica consecuentemente la minimización de los costos sociales de la administración de justicia, así como los costos que se generan por el error judicial, ambos desde consideraciones de eficiencia. No obstante, esta situación se enfrenta con la obligación de acatar las garantías que conforman el derecho penal y el debido proceso penal, lo que implica límites dentro de la actividad procesal penal que de otro modo no serían exigibles. Al respecto, analizando la teoría económica del proceso legal, Cooter y Ulen, señalaron que: “Las reglas del procedimiento a veces contradicen a las reglas económicas de la toma de decisiones en incertidumbre, pero existen amplias áreas de acuerdo [...]. Las reglas procesales prescriben un marco cuya justificación no es necesariamente económica, pero dentro de ese marco puede operar la lógica económica”⁸⁹⁰.

Las exigencias del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre las que sobresale el debido proceso, constituyen resguardos que no pueden ser soslayados⁸⁹¹ y que, indudablemente, imponen trámites que acrecientan la inversión en justicia, pero que generan mayores índices de confianza y legitimidad. Y, finalmente, en supuestos como el principio de oportunidad se presentan soluciones que colocan en mejor posición a las partes del proceso desde la óptica

⁸⁹⁰ COOTER/ULEN, *Derecho y economía*, p. 483.

⁸⁹¹ COOTER/ULEN, *Derecho y economía*, pp. 483 y ss., 530-532; POSNER, *El análisis económico*, 1992, pp. 549-551; SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, p. 125.

del debido proceso legal, que lo que ha logrado la evolución legislativa sin atención a dichos instrumentos.

Las críticas al AED no desvirtúan los aciertos que se obtienen con dichos instrumentos. Lo trascendente en el AED es que cede en sus objetivos (de minimización de costos) en aras de preservar las garantías del derecho penal. El AED de esta forma busca una eficiente administración de justicia que se basa en el mejor aprovechamiento de los recursos escasos, garantizando el debido proceso.

El AED permite advertir que se puede lograr mayor eficiencia disminuyendo la demanda de procesos penales a través del principio de oportunidad. Lo contrario implicaría continuar con la paralización de los procesos y la falta de respuesta oportuna. Supondría, consecuentemente, incrementar la impunidad y la imagen de inoperancia del sistema judicial. La idea de que el sistema judicial debe llevar hasta la última instancia todos los procesos choca con el hecho de que el tiempo que el tribunal dedica al estudio de esos delitos menores deberá restarlo a su dedicación a los casos graves. Este es el principio clave del análisis económico: los recursos son siempre más limitados que las necesidades. Por evitar la impunidad de un lado, se crea impunidad por el otro.

La búsqueda de la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos que merecen el concurso del derecho punitivo favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la búsqueda de la celeridad procesal, la revitalización de los objetivos de la pena, la ratificación del principio de igualdad, entre otros.

Teniendo en cuenta que el derecho procesal penal y los destinos de la organización de la persecución penal se deben subordinar al juicio básico sobre el objetivo del derecho material, si el derecho penal establece la pena como reacción contra los delitos, el proceso penal debe desarrollarse teniendo en cuenta la maximización de la respuesta criminal con el fin de aumentar la certeza de la imposición de la pena. Además, las prescripciones del procedimiento tienen sobre todo el objetivo de ofrecer caminos adecuados para una transformación

racional del derecho penal material, en busca de cumplir las metas establecidas en cada sociedad. Sin embargo, para trasladar las especificaciones y las prescripciones del procedimiento, se deben seguir ciertos principios. Un procedimiento tiene que estar tan bien formado que sus gastos, así como su tamaño, deben estar en una relación adecuada con la lesión estándar correspondiente. Y, para ello, se deben respetar tanto las necesidades del procesado como las de la víctima. Del mismo modo, un procedimiento debe estar tan bien estructurado que su intervención no debe acarrear daños para los derechos personales de las partes. La rapidez del procedimiento, que siempre se exige, no puede implicar el pasar por encima de esos derechos de las partes⁸⁹². En este punto conviene introducir el planteamiento según el cual, es posible conseguir un correcto funcionamiento del sistema jurídico y una aceptación de este sin imposición de sanción alguna⁸⁹³.

Si se parte del hecho de que los costos del derecho penal son elevados⁸⁹⁴ y que, por ende, no es plausible perseguir hechos considerados de criminalidad menor⁸⁹⁵, entran en este punto consideraciones relativas al principio de oportunidad. Efectivamente, desde un punto de vista pragmático, la sobrecarga en todos los niveles del sistema penal hace razonable el argumento de reservar las capacidades del sistema para los delitos más graves. En estas circunstancias, el principio de oportunidad conduce, delimitado por el principio de legalidad procesal, a resultados razonables. Resulta de ello una relación de complementación razonable⁸⁹⁶ de los dos principios. Porque la oportunidad ayuda a liberar los recursos técnicos y humanos principalmente para la persecución de la criminalidad grave. Por ello, contribuye a la protección del Estado de derecho. Y precisamente con

⁸⁹² Aunque también el procedimiento tiene que esforzarse por encontrar y ofrecer posibilidades para una compensación entre las partes.

⁸⁹³ SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, p. 119.

⁸⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, p. 110.

⁸⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, pp. 112 y ss.

⁸⁹⁶ Véase: POTT, *Ausserkraftsetzung*, pp. 41 y ss.

la combinación que se completa recíprocamente entre la legalidad procesal y la oportunidad está lo mejor posible protegido el Estado de derecho.

Sobre el principio de oportunidad podemos decir que puede ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal y con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

De acuerdo con estas ideas, el principio de oportunidad tendría como objetivos básicos, en primer término, descriminalizar cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena. Y, en segundo lugar, buscaría la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los atascados tribunales, de manera que les permita intervenir en los hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos⁸⁹⁷.

Sabemos que el proceso penal es de selección o un sistema de filtros. Esto por razones económicas de la administración de justicia obliga a esclarecer con distinta intensidad los hechos que llegan a su conocimiento. Y estos filtros vienen practicándose sin respaldo legal en países donde el principio de legalidad procesal aún se entiende dentro de la concepción rígida arriba expuesta.

Según el AED, la justicia tiene una obligación propia de ahorrar medios. Como no dispone de más recursos, se tendrían que agotar los existentes de manera ideal⁸⁹⁸. Por su parte, mediante el principio de

⁸⁹⁷ Ello está íntimamente relacionado con lo expuesto en el capítulo III sobre el hecho de que el sistema es hidráulico.

⁸⁹⁸ Sin embargo, una concepción legalista marcada severamente niega la posibilidad de la limitación del principio de legalidad procesal, inclusive a causa de consideraciones económicas de justicia. El AED no sería un criterio adecuado para la limitación del principio de legalidad procesal en un Estado de derecho. Véase: HIRSCH, en *ZS/W* (1980), pp. 218, 222.

oportunidad, se opta por el archivo frente a un investigado que ha cometido la acción y a quien también se le puede hacer efectivamente un reproche por su actuar contrario a la norma. Consecuentemente, al dejar de perseguir este tipo de hechos, se ahorrarían recursos que podrían destinarse para el esclarecimiento de los casos graves⁸⁹⁹. La distribución de recursos se tendría que orientar por el volumen de trabajo⁹⁰⁰. Se considera incluso que se debe mirar más allá de la realidad del proceso y observar que el Estado no aumenta las partidas de forma extraordinaria, sino que las mantiene de forma sostenible, luego de una comprobación realista según los estudios de economía política⁹⁰¹.

En abstracto, el AED se representa y permite esa nueva lectura del principio de legalidad procesal y la consecuente existencia en los sistemas penales del principio de oportunidad. Finalmente, no persigue ningún fin en sí mismo. Al contrario, se asegura con ello la funcionalidad de la justicia. En tiempos de escasos recursos, se tiene que exigir una medida de sensibilidad cada vez mayor respecto de la administración de justicia. Sin embargo, una inmunidad total frente a criterios de eficiencia no es aceptable. Además, no hay que olvidar que existen también diversas tareas del Estado que, aunque igualmente importantes, deben hacer su contribución al aumento del volumen de ahorro⁹⁰².

Ya que no es apropiado, ni desde el punto de vista político, ni desde el económico, optar por imponerle al ministerio público el deber de

⁸⁹⁹ Véase: HAMM, en *NJW* (1996), pp. 236 y ss.; KUNZ, en *KrimJ* (1984), pp. 39, 42 y ss.

⁹⁰⁰ De forma similar, véase: WEIGEND, en *Anklagepflicht*, pp. 46 y ss.; Además HAMM, en *NJW* (1996), pp. 236 y ss.; ALBRECHT, *Strafrecht*, p. 14.

⁹⁰¹ Véase: ESER, *Funktionswandel*, p. 30, sobre las ventajas económicas de las sanciones alternativas “ambulantes”. De forma similar, véase: KUNZ, en *KrimJ* (1984), pp. 39, 42 y ss., que escribía ya en 1984: “[...] el que esa ola que despertó las más ardientes discusiones (en lo que se refiere a los §§153 y ss., StPO) haya disminuido y en vista de la aceptación de las prescripciones en la práctica, se causa una sensación de duda en el derecho [...]”.

⁹⁰² Véase: ERB, *Legalität*, pp. 170 y ss., con referencias.

perseguir de la misma forma y con la misma intensidad todos los casos que lleguen a su conocimiento, la idea más racional es conducirlo mediante criterios ponderados de política criminal⁹⁰³. Como los recursos materiales serán siempre escasos en relación con la meta deseada, la selección se producirá de todas maneras. Si el legislador no insiste tozudamente en un ideal del principio de legalidad procesal, puede aspirar a conducir la selección mediante criterios razonables. En este sentido, es totalmente justificado y un imperativo en los sistemas penales, la existencia del principio de oportunidad como se plantea en este trabajo.

Adicionalmente, el principio de oportunidad puede ser interpretado como una aplicación de diversos principios interconectados. Como principio de justicia correctiva⁹⁰⁴, en el sentido de que busca compensar el equilibrio preexistente en lugar de cambiarlo, es decir, rectificar las interacciones⁹⁰⁵. En este punto, mediante el principio de oportunidad, el ministerio público, al analizar las características del hecho que llega a su conocimiento, con base exclusivamente en sus elementos de culpabilidad mínima y falta de interés público, se abstiene de ejercer la acción penal. De esta forma, los fiscales aplicarían el principio de oportunidad de manera desinteresada con base en los elementos que lo conforman y que están claramente establecidos.

⁹⁰³ En ese sentido, son en verdad ajenas al sistema las consideraciones económicas de la justicia del hecho. Véase: ERB, *Legalität*, pp. 174 y ss.; NAUCKE, en *FS für Grünwald*, pp. 403, 417.

⁹⁰⁴ Este tipo de justicia fue introducido por Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, donde se busca compensar el equilibrio preexistente en lugar de cambiarlo, asbtrayéndose de las cualidades personales o el mérito del autor del acto ilícito y de su víctima.

⁹⁰⁵ POSNER, “El análisis económico del derecho en el *common law*”, p. 13. Los tribunales no utilizan la ocasión para enriquecer o empobrecer al autor del delito o a la víctima sobre la base de una sentencia acerca de sus méritos y fuera de las circunstancias del daño en sí mismo, pues esto sería no devolver a las partes a su equilibrio preexistente sino crear un nuevo equilibrio.

Como principio de eficiencia, el principio de oportunidad se aplica en el sistema penal y procesal penal estableciendo que el ministerio público puede dejar de investigar ciertos hechos que carecen de interés y cuya culpabilidad es considerada como mínima, teniendo en cuenta la eficiencia en la persecución y la optimización de los escasos recursos con que cuenta el sistema penal⁹⁰⁶.

Y, finalmente, es posible decir que el principio de oportunidad cumpliría con la distribución de los recursos, propia de una justicia distributiva, al generar una respuesta diferenciada en la que se dejen de perseguir delitos menores con el fin de destinar los recursos para la investigación de la criminalidad grave⁹⁰⁷.

De esta manera, es posible que un principio justificatorio pueda estar implementado en una práctica que no esté justificada. E igualmente, es posible encontrar prácticas que implementan principios de justicia en ámbitos donde no corresponde hacerlo. Así las cosas, mediante el principio de oportunidad, el que la eficiencia no pueda justificar la estructura básica no implica que no pueda justificar una parte de esta⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Ello incluso a pesar de que el derecho penal, que es básicamente una cuestión de justicia retributiva, exige castigar cuando el principio de oportunidad, justificado en la eficiencia, recomienda no hacerlo.

⁹⁰⁷ Ello teniendo en cuenta que no es tarea del Estado de derecho garantizar la justicia material, sino la justicia del procedimiento, esto es, la seguridad jurídica y la fiabilidad del derecho. Y que la justicia material no es un objetivo político, sino el resultado del objetivo político, ya que el objetivo político es la libertad social, cuya articulación exige una justicia distributiva.

⁹⁰⁸ Silva Sánchez lo pone claramente de manifiesto mediante este ejemplo: “[...] está claro que desde consideraciones de eficiencia puede propugnarse la adopción de medidas de despenalización por razones de utilidad. En cambio, subsisten dudas más que razonables acerca de que siempre que la consideración de eficiencia conduzca a la sanción, ello pueda y deba producirse sin vulneración de principios irrenunciables de garantía [...]” SILVA SÁNCHEZ, en *ADPCP Tomo 49*, 1996, p. 126.

La eficiencia definiría las interacciones injustas⁹⁰⁹, la justicia distributiva establecería qué tipo de respuesta debe darse ante ese hecho delictivo y la justicia correctiva se encargaría de rectificar los desfases que se presenten en el planteamiento.

Teniendo en cuenta la racionalidad de los individuos, la implementación del principio de oportunidad tiene una disposición a reducir el coste del sistema penal.

⁹⁰⁹ Esto en el entendido de que a pesar de que muchas veces no tiene sentido evaluar la justicia o la injusticia de una norma jurídica aisladamente, sí lo tiene medir su eficiencia.

CONCLUSIONES

1. La presente investigación ha mostrado la importancia del método histórico y el cuidado que es necesario para llegar a explicaciones teóricas en torno a las transformaciones en la justicia penal. La teoría no debe preceder, sino ser dependiente y presentarse dentro de un método de investigación que pueda ser defendido no señalando los puntos finales dispares, sino vertiendo luz en las razones de la continuidad y del cambio, siempre próximos a la transformación del sistema por sí mismo. Por ende es necesaria una revisión sistemática de los datos disponibles.

También se ha podido comprobar que es necesario enfatizar en la importancia de una investigación de la práctica del derecho contextualizada con las políticas de cada Estado para evitar sacar conclusiones generalizadas, basadas en micro análisis de las variables de prácticas aisladas.

Por último, se ha visto que considerar a los operadores judiciales – tribunales, ministerio público y policía- como herméticamente cerrados de la amplia sociedad y fuera de la historia y la política del Estado, ignora la relación entre la ley y la sociedad.

2. De otro lado, la investigación ha mostrado como, a lo largo de la historia del procedimiento penal, siempre ha existido un temor por la falta de un control a la actividad del órgano encargado de la etapa de investigación. Lo anterior a pesar de que el ministerio público fue investido, como guardián de las leyes, con el deber de actuar siempre obligado por la objetividad, investigando tanto las circunstancias que agravaran como aquellas que favorecieran la causa del investigado.

Este temor persiste en la medida en que tanto la cantidad como calidad de la criminalidad han conducido a un desarrollo del procesamiento penal, que sobrepasa el trabajo del ministerio público en relación con su rendimiento respecto a su equipamiento técnico y

personal en general. Por ello, una discrepancia entre las especificaciones normativas del derecho procesal penal resulta en el procedimiento de investigación y su actividad de investigación real, en lo que se refiere al papel de los fiscales.

3. Sin embargo a pesar de dicho temor desde el inicio del proceso penal reformado surgió la imperiosa necesidad de dotar al ministerio público de herramientas para morigerar la estricta aplicación del procedimiento básicamente al entender que existen situaciones que aunque tengan las características de ser consideradas como delitos, no alcanzan el umbral suficiente para dejarlas dentro de la rígida persecución penal.

En esas circunstancias surgió el principio de oportunidad en Alemania como una herramienta adecuada para ayudar en la labor del ministerio público a cumplir los presupuestos de moderación de relación y prohibición de exceso. Su denominación se debió a Glaser quien supo explicar el problema que se avizoraba en el proceso penal y dotarlo de un nombre.

Sin embargo su introducción al procedimiento penal no ha sido nada pacífica ya que ha tenido que pasar por un entendimiento pragmático de la figura y ha tenido que superar su vinculación histórica a la introducción del ministerio público como figura clave del proceso, lo que generó reservas y limitaciones que aún se manifiestan en diversos ordenamientos occidentales.

4. Junto a ello también se pudo ver que el principio de legalidad procesal como usualmente se le ha entendido de manera rigurosa no se justifica según las necesidades prácticas. Porque la justicia penal no puede soportar, en su aparato de persecución, un número de personas y recursos para perseguir cada conducta con características de ser delictiva, inclusive las más insignificantes, si quiere ser más o menos efectiva. Si el ministerio público siguiera cada delito, la situación conduciría a que colapsara y por ende dejara de dedicarse, por motivos de capacidad, a la criminalidad más grave. Con esa situación se

retardarían aún más las investigaciones, lo que traería una amplia posibilidad para el autor culpable de permanecer sin sanción. Y eso tendría grandes efectos para la sociedad completa. Por la inseguridad que nacería, podría acontecer el concreto peligro de un aumento de la denominada autojusticia.

Por ende se planteó en su momento la necesidad de marcar las prioridades mejor conscientemente y en vez de seguir únicamente grupos de delito específicos, para aliviar las oficinas de procesamiento penal, optar por conducir una no-persecución que complementara la situación. Ello parecía y aún parece más conveniente y necesario para la consecución de una justicia que funcione.

El objetivo fue encontrar una solución que concediera por un lado una descarga mayor posible de las oficinas de procesamiento penal y que no se opusiera por otro lado a los principios constitucionales.

En este punto se excluyen los modelos alternativos sectoriales, que sólo pretenden regular una subárea pequeña y delimitada de la delincuencia insignificante, pero que no pueden solucionar aquellos casos con similares características y por ende no pueden ser utilizados.

De esta forma en los actuales momentos no hay casi ningún país occidental en el cual se siga el principio de legalidad sin ninguna excepción. En la mayoría se encuentran diversas soluciones a nivel policial y/o a nivel del ministerio público.

Esta situación se presentan en los sistemas de justicia penal occidentales ya que finalmente son muy similares porque ellos hacen frente a problemas similares. Estos problemas incluyen recursos limitados, presiones de actores políticos, sentimientos de inseguridad de la ciudadanía, el conflicto entre la ley general y abstracta y casos específicos que requieren una respuesta diferenciada, el dominio de la policía sobre el proceso de investigación, la tendencia de los legisladores por reformas en partes del sistema que finalmente son canceladas o compensadas por reformas en otros ámbitos.

5. En los actuales momentos no hay casi ningún país occidental en el cual no se establezca en sus legislaciones normas relativas al principio de oportunidad. Sin embargo los legisladores han utilizado el concepto para agrupar distintas posibilidades de terminación anormal de una investigación dentro del proceso penal.

Esta agrupación ha sido sumamente problemática en la medida en que algunas de las terminaciones no son fácilmente justificables teóricamente dentro de un sistema penal garantista de un Estado Social y Democrático de derecho. De hecho algunas figuras simplemente no pueden justificarse dentro de un sistema penal garantista, pero existen como consecuencia de la proliferación de fenómenos criminales que simplemente han superado a las instituciones de administración de justicia y que ha supuesto la creación de mecanismos determinados por criterios eficientistas.

Por ende, luego de un análisis ponderado se ha concluido cuál debe ser la forma adecuada de considerar al principio de oportunidad y hemos explicado cómo deben ser entendidas las otras manifestaciones de disposición que pueden darse en el proceso penal. Y se ha argumentado suficientemente que legalidad y oportunidad no son alternativas, sino dos principios que limitan o mejor dicho se complementan mutuamente.

Para ello hemos dotado a los conceptos indeterminados "culpabilidad mínima" e "interés público" de una serie de elementos escalonados con el fin de que de manera sistemática el ministerio público pueda llegar a determinar el concepto de culpabilidad mínima y falta de interés público en el caso materia de examen.

Junto a ello hemos propuesto todo el procedimiento necesario para que el ministerio público logre determinar la existencia de un caso susceptible de aplicación del principio de oportunidad, junto con las posibilidades tanto para la víctima como para el procesado, lo cual ayuda en gran medida a todos los actores inmersos en el proceso determinado como guía y garantía del respeto de los principios constitucionales en los que se enmarca el proceso penal.

6. Una aplicación adecuada de este principio por el ministerio público pasa por el hecho de una uniformidad en su aplicación que puede ser dada mediante las directrices internas y externas. La necesaria definición del procedimiento preciso para su aplicación no sólo simplifica en gran medida el trabajo del ministerio público, sino que al mismo tiempo dota de una mayor seguridad de cara a la ciudadanía lo que repercutiría de manera positiva en su aceptación. En consecuencia esto conduciría a un uso creciente y a una mayor aceptación de esta alternativa procesal en la práctica.

7. De gran importancia es establecer que el principio de oportunidad sólo se le concede al ministerio público. La policía tiene que estar sujeta al principio de legalidad. De lo contrario habría una alta probabilidad de corrupción e influencia de políticos y ciudadanos. Por lo mismo el ministerio público debe tener conocimiento, en todo momento, de los detalles y del procedimiento, por lo que el trabajo de la policía tiene que poder ser siempre controlable por el ministerio público. Ello se debe establecer mediante la obligación a cargo de informes periódicos por parte de la policía. El ministerio público es el único responsable de tomar la decisión final acerca del archivo o la acusación. Esto no obsta para que la policía realice los correspondientes trabajos preparativos para formular alguna propuesta específica, como sería, por ejemplo, la preparación del proceso para un archivo.

8. Se considera que para que el principio de oportunidad cumpla su cometido de ayudar a agilizar la justicia no es viable que se utilice un control judicial sobre la aplicación del mismo. Lo que es básico es la selección cuidadosa, supervisión y entrenamiento de los fiscales. Entre más alta sea la calidad del personal, se reducen los problemas que surgen por la toma de este tipo de decisiones.

9. Una aplicación del principio de oportunidad en los sistemas de los países occidentales que lo han introducido a sus ordenamientos como la que aquí se defiende, debe llevar en el mediano plazo a una ampliación en la terminación de los procesos en la etapa de

investigación con la consecuente excepcionalidad de un juicio completo. Esta ampliación de terminaciones anormales debe ser liderada por dicho principio y seguida en mucha menor medida por el uso de otras soluciones. La idea que subyace al mismo es regular al sistema penal en su conjunto.

10. Herramientas como el AED permiten desde otras disciplinas ajenas al derecho penal y procesal penal justificar la práctica del principio de oportunidad de manera adecuada y convincente, dado que logran determinar como en el sistema penal la utilización racional de los escasos recursos con los que se cuenta puede perfectamente sustentar como plausible la aplicación del principio de oportunidad para mejorar la respuesta penal. Ello incluso a pesar de las falencias que le endilgan sus detractores que evitan el que se convierta en una teoría de la justicia.

11. Finalmente es necesario que paralelo a este procedimiento se genere la devolución de una multiplicidad de problemas sociales a mecanismos de regulación por fuera del derecho penal. Dado que ha venido existiendo el problema de la congestión en materia penal, y que el derecho penal siempre debe ser considerado como la *última ratio*, es fundamental al interior de cada sociedad que se generen espacios que ayuden a crear una real concientización sobre la necesidad de un proceso. Ello es de la mayor importancia no sólo para una mejor convivencia en sociedad, sino también para disminuir los altos niveles de conflictividad e intolerancia que han venido aumentando en las sociedades actuales.

Esto también cobra especial importancia al interior del procedimiento penal teniendo en cuenta que, para un correcto funcionamiento del sistema penal, es indispensable restringir el número de procesos que se ventilan en el mismo con el fin de ir disminuyendo su carga y tender a su mantenimiento regular. Y ello implica crear vías dentro del sistema penal para mantener unos niveles adecuados, diferenciando aquellos problemas sociales que pueden solucionarse sin acudir a un proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENHACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.

ADICKES, Franz, *Beiträge zur Reform des Strafprozesses*, Parte I, Berlin, 1909.

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, capítulo VII (www.vlex.com/vid/298556).

AHRENS, Wilfried, *Die Einstellung in der Hauptverhandlung: gem §§ 153II, 153 a II StPO; eine empirische Analyse über neue Formen der Bekämpfung der Bagatellkriminalität*, Göttingen, 1978.

AK-StPO. *Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden*, Reihe Alternativ-kommentare: Band 1, §§1-93, Neuwied 1988. Band 2, §§94-212b Neuwied, Krißtel, Berlin, 1992.

ALBER, Peter Paul, *Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, Berlin, 1974.

ALBRECHT, Peter-Alexis (ed.), *Strafrecht-ultima ratio, Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts*, Baden-Baden, 1992.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *Informalisierung des Rechts: empirische Untersuchungen zur Handhabung und zu den Grenzen der Oportunität im Jugendstrafrecht*, Berlin, 1990.

ALSCHULER, Albert W.; SCHULHOFER, Stephen J., “Abolishing Plea bargaining. An end to the same old song and dance”, en: *Am. J. Crim. L.* (1998-1999), pp. 505-.

AMBOS, Kai, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio”, en: Lorena, Bachmaier (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, 2008, pp. 49-

- “Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität“, en: *Jura* (2003), pp. 674-.
- Crímenes nucleares de derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal alemana, en: *Revista Penal* 19 (2007) pp. 21-.

- AMBOS, Kai/ MALARINO, Ezequiel, “Die Polizei im lateinamerikanischen Rechtsstaat”, en: *ZStW* 116 (2004), pp. 513-.
- ANDENAES, Johannes, “Die neue norwegische Strafprozessordnung”, en: *FS für Jescheck*, pp. 352.
- Anonym, *Kritische Bemerkungen über das Gesetz vom 17. Juli 1846 von einem praktischen Richter*.
- ANRATHS, Kaspar, *Die richtige Gestaltung des Strafverfahrens, des Dienststrafverfahrens und Ehrengerichtsstrafverfahrens*, Berlin, 1934.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991.
- *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América ¿un camino de ida y vuelta?*, Madrid, 2012.
 - *Lecciones de derecho procesal penal*, 7ª edición, Madrid, 2013.
- ARZT, Gunther, “Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen Ladendiebstahl?”, en: *JZ* (1976), pp. 54-.
- “Zur Bekämpfung der Vermögensdelikte mit zivilrechtlichen Mitteln-Der Ladendiebstahl als Beispiel”, en: *JuS* (1974), pp. 693-.
- ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike, *The criminal process*, 3ª edición, Oxford, 2005.
- ASMUS, TORREN, “La justicia penal y la investigación penal en Alemania”, en: Kai Ambos (Dir) y María Laura Böhm (Coord.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Bogotá, 2012, pp. 83-.
- AULET BARROS, José Luis, *Jueces, política y justicia en Inglaterra y España*, Barcelona, 1998.
- AULINGER, Susanne, “§31a BtMG – Der Auftrag des BVerfG und die Rechtswirklichkeit”, en: *NStZ* (1999), pp. 111-.
- BACHMAIER WINTER, Lorena, (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, 2008.
- BACHNER-FOREGGER, Helene, *Strafgesetzbuch*, 22ª edición, Wien, 2009.
- BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Buenos Aires, 2005.
- *Delito y punibilidad*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, 1999.

- “Descriminalización y prevención”, *PJ* Núm. especial II (1988), pp. 14-.
- BACKES, Otto, *Strafrecht als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre*, Bielefeld, 1976.
- BALTZER, Johannes (Ed.), *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, München, 1980.
- BANDRES, José, Manuel, “Eficacia y garantismo en el proceso penal”, en: *R. G. D.* (1995) núm. 609, pp. 6365-.
- BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994.
- BARTSCH, Hans- Jürgen, “Einstellung gegen Bußzahlung-Unzulässiger Freikauf von der Strafsanktion”, en: *ZRP* (1969), pp. 128-.
- BAUER, Fritz, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, München, 1957.
- BAUMANN, Jürgen, *Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung: Strafverfahren mit nichtöffentl. Hauptverhandlung*, Tübingen, 1980.
- “Bekämpfung oder Verwaltung der Kleinkriminalität?” en: *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978, pp. 522-.
 - “Eine Bagatelle?”, en: *ZRP* (1976), pp. 268-.
 - “Minima non curat praetor”, en: *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 3-.
 - *Strafrecht, allgemeiner Teil: ein Lehrbuch*, 6ª edición, Bielefeld, 1974.
 - “Grabgesang für das Legalitätsprinzip”, en: *ZRP* (1972), pp. 273-.
 - “Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes”, en: *JZ* (1972), pp. 2-.
 - *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts: eine Einführung anhand von Fällen*, 2ª edición revisada, Stuttgart, 1972.
- BAUMANN, (Ed.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974.
- BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, desde la 9ª edición con Ulrich Weber y Wolfgang Mitsch, 11ª edición, Bielefeld, 2003.
- BAUMANN, Jürgen; ARZT, Gunther, *Strafrechtsfälle und Lösungen: Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Bielefeld, 1965.

- BAYON, Juan Carlos, “Justicia y eficiencia”, en: Díaz, E. y Colomer, J. L. (eds.), *Estado, justicia y derechos*. Madrid, 2002, pp. 243-.
- BEICHEL, Stephahn; KIENINGER, Jörg, “„Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters?”, en: *NStZ* (2003), pp. 10-.
- BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*. Traducción de Miguel Fenech, Barcelona, 1943.
- *Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluß des Straferichtsverfassungsrechts*, Berlin, 1928.
- BÉLIVEAU, Pierre, *La justice pénale dans les droits canadien et français: étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2ª edición, Cowansville, 2007.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Aspectos conceptuales de la teoría del caso*, Barcelona, 2011.
- *Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral*, México D. F., 2010.
- BENDER, S.n., “Zur Wertung der Verordnung vom 4. Januar 1924”, en: *JW* (1924), pp. 1651-.
- BENNECKE, Hans; BELING, Ernst, *Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts*, 2ª edición, Breslau, 1900.
- BERCKHAUER, Friedrich Helmut, “Soziale Kontrolle der Bagatelldeliktualität: Der Ladendiebstahl als Beispiel”, en: *DRiZ* (1976), pp. 229-.
- BERZOSA FRANCOS, María Victoria, “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en: *Problemas actuales de la justicia penal* (dir. Picó Junoy), Barcelona, 2001, pp. 13-.
- BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, 12ª edición, Heidelberg, 2012.
- *Der Verteidiger im Strafverfahren: Funktionen und Rechtsstellung*, Frankfurt am Main, 1980.
- BEULKE, Werner/FAHL, Christian, “Untreu zum Nachteil der CDU durch Dr. Kohl”, en: *NStZ* (2001), pp. 426-.
- BIBAS, Stephanos, “Bringing moral values into a flawed plea-bargaining system”, en: *Cornell. L. Rev.* Vol. 88 (2002-2003), pp. 1425-.

BINDING, Karl, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 5ª edición, Leipzig, 1904.

- *Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1881.

- *Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Leipzig 1881.

BIRKMEYER, Karl, *Deutsches Strafrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preussischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafrechts: Vorlesungen*, Berlin, 1898.

BITTMANN, Folker, “Das Eckpunktepapier zur Reform des Strafrechts”, en: *ZRP* (2001), pp. 441-.

BLANKENBURG, Erhard; SESSAR, Klaus, STEFFEN, Wiebke, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, 1978.

BLAU, Günther, “Diversion und Strafrecht”, en: *Jura* (1987), pp. 25-.

BLOY, René, “Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren”, en: *GA* (1980), pp. 161-.

BOCK, Dennis, Verfahrenseinstellung bei Auslandsberührung. Die Nichtverfolgung von aus dem Ausland heraus begangenen Taten (Distanztaten) gemäss § 153 c III StPO, en: *GA* (2010), pp. 589-.

BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, 4ª edición, München, 1987.

BOCKELMANN, Paul; ENGISCH, Karl (Eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag: 15.10.1953*, München, 1954.

BOHNERT, Joachim, *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, Berlin, 1992.

BORRICAND, Jacques; SIMON, Anne Marie, *Droit pénal. Procédure pénale*, 6ª edición, Paris, 2008.

BÖTTCHER, Reinhard; MAYER, Elmar, “Änderungen des Strafverfahrensrechts durch das Entlastungsgesetz”, en: *NSZ* (1993), pp. 153-.

BOXDORFER, Dietrich, “Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung trotz geringer Schuld des Täters”, en: *NJW* 8 (1976), pp. 317-.

BRADLEY, Craig M., *The failure of criminal procedure revolution*, Philadelphia, 1993.

- BRENDLE-WETZEL, Eduard, *Das Legalitätsprinzip im deutschen Strafprozessrechte*, Karlsruhe, 1911.
- BURCKHARDT, Björn, “Gewaltanwendung bei Vermögensdelikten mit Bagatelldeliktcharakter” en: *JZ* (1973), pp. 110-.
- BUTRON BALIÑA, Pedro. M., “El sistema de justicia penal negociada en los Estados Unidos”, en: *TJ* (1998) núm. 3, pp. 281-.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El ministerio público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, 1996.
- CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, 1984.
- “An Exchange. About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin”, en: *Hofstra Law Review* 8 (3) (1980), pp. 553-.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Roma, 1915.
- CARSTEN, Ernst, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Darmstadt, 1971.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, PG II, 6ª edición, Madrid, 1998.
- CLEMENS, Justus, *Strafrecht und Politik, Kriminalpolitische Gedanken eines alten Richters*, Berlin, 1898.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomas, *Derecho penal*, Valencia, 1999.
- COLLIN, Peter, “Wächter der Gesetze” oder “Organ der Staatsregierung”?: *Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium; von den Anfängen bis 1860*, Frankfurt am Main, 2000.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en: *Poder Judicial* Número Especial VI (1989), pp. 17-.
- CONTE, Philippe; DU CHAMBON, Patrick Maistre, *Procédure pénale*, 4ª edición, Paris, 2002.
- CONTRERAS ALFARO, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad penal*, Salamanca, 2005.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México D. F., 1998.

- CRAMER, Peter, *Unfallprophylaxe durch Strafen und Geldbußen?*, Padeborn, 1975.
- “Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch” en: *Festschrift für Reinhardt Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 487-.
 - *Grundbegriffe des rechts der Ordnungswidrigkeiten*, Stuttgart, 1971.
- CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus, *Rechtswörterbuch*, 19ª edición, München 2007.
- DAHM, Georg, “Der Staatsanwalt im neuen Strafverfahren”, en: *GA* (1935), pp. 257-.
- DAHS, Hans, “Absprachen im Strafprozeß-Chancen und Risiken”, en: *NStZ* (1988), pp. 153-.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camile, *Les grands systems de droit contemporains*, 11ª edición, Paris, 2002.
- DE CRUZ, Peter, *Comparative law in a changing world*, 3ª edición, London, 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal”, en: *TJ* 1 1997, pp. 9-.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio y TOMÉ GARCÍA, Jose Antonio), 7ª edición, Madrid, 2004.
- DE WITT, Hans, “Anmerkungen zum Problem Ladendiebstahl” en: Schoreit, Armin (Ed.), *Problem Ladendiebstahl, moderner Selbstbedienungsverkauf und Kriminalität*, Heidelberg, 1979, pp. 95-.
- DEBOVE, Frédéric, FALLETTI, François, *Précis de droit penal et de procédure pénale*, Paris, 2001.
- DECKER, Fritz, “Zum Verhältnis Staatsanwaltschaft-Polizei”, en: *Kriminalistik*, 1980, pp. 423-.
- DELGADO BARRIO, Javier, “El principio de oportunidad en el procesal penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en: *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 309-.
- DELL'AQUILA, Enrico, *Introducción al estudio del derecho inglés*, Valladolid, 1992.

- DENCKER, Friedrich, “Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht”, en: *ZStW* (1990), pp. 51-.
- “Die Bagatelldelikte im Entwurf des EGStB”, en: *JZ* (1973), pp. 144-.
- DESPORTES, Frédéric; LAZERGES-COUSQUE, Laurence, *Traité de procédure pénale*, Paris, 2009.
- DEUSCHLE, Erich, *Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, insbesondere ihr Verhältnis zur Kriminalpolizei und zu Ermittlungsverfahren tätigen gerichtlichen Behörden*, Tübingen, 1936.
- DI FEDERICO, Giuseppe, “Independencia y responsabilidad del fiscal: la búsqueda de un difícil equilibrio”, en: *Revista de Derecho penal integrado*, Anno III N.º. 5 (2002), pp. 143-.
- DIEKMANN, ANDREAS; PRZEPIORKA WOJTEK; RAUHUT, HEIKO; “Die Präventivwirkung des Nichtwissens im Experiment, en: *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 40, Heft 1, Februar 2011, pp. 74-.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal”, en: *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, 2000 pp. 11-.
- DOCHOW, Adolf; FUCHS, Carl; GEYER, A.; GLASER, Julius; von HOLTZENDORFF, Franz; MEYER, Hugo; MEVES, Oscar; von SCHWARZE, Friedrich Oscar; ULLMANN, Emanuel, *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts: in Einzelbeiträgen*, Tomo 1 y 2, Berlin, 1879.
- DOHNA, Alexander Graf zu, *Das Strafverfahren systematisch dargestellt*, Berlin, 1913.
- DÖHRING, Silke, *Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?*, Frankfurt am Main, 1999.
- DONINI, Massimo, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin, 2006.
- DREHER, Eduard, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, en: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, pp. 917-.
- DREHER, Eduard, en: FISCHER, Thomas; SCHWARZ, Otto Georg; DREHER, Eduard; TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56ª edición, München, 2009, §13 nm. 29-31.

- DRUCKER, S.n., “Neuester und allerneuester Strafprozess”, en: *JW* (1924), pp. 241-.
- DTV-Brockhaus, Lexikon in 20 Bänden*, Wiesbaden, 1986.
- DUCE J., Mauricio, RIEGO R., Cristian, *Proceso penal*, Santiago de Chile, 2007.
- DUTTGE, Gunnar, “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht”, en: *ZStW* 115 (2003), pp. 539-.
- DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?”, en: *The Journal of Legal Studies*, 9 (2) (1980), pp. 191-.
- “Why Efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner”, en: *Hofstra Law Review* 8 (3) (1980), pp. 563-.
- EASTON, Susan M., *Sentencing and punishment: the quest for justice*, 2ª edición, Oxford, 2008.
- EBERLE, Carl-Eugen; IBLER, Martin; LORENZ; Dieter, (Eds), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm*, München, 2002.
- ECKL, Peter, “ Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität”, en: *JR* (1975), pp. 99-.
- EISENBERG, Ulrich; CONEN, Stefan, “§152 II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum ? ”, en: *NJW* (1998), pp. 2241-.
- EISENHARDT, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5ª edición revisada, München, 2008.
- ELLING, Karl, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland: ein Beitrag zur Geschichte des Strafprozesses*, Breslau, 1911.
- ELSNER, Beatrix, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei?, Eine deutsch-niederländisch vergleichende Analyse in rechtlicher und rechtsstatsächlicher Hinsicht*, Göttingen, 2008.
- ERB, Volker, *Legalität und Opportunität: gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen*, Berlin, 1999.
- ESCANILLA PALLAS, Jesús Miguel, “El principio de oportunidad reglada”, en: *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 591-.

ESER, Albin, “Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des Strafverfahrens”, en: *Recht und Verfahren*, Heidelberg, 1993, pp. 21-.

- “Funktionswandelstrafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur ‘Reprivatisierung’ des Strafverfahrens?” en: Kroeschell, Karl (ed.), *Recht und Verfahren*, Heidelberg, 1993, pp. 21-.

- “Absehen von Strafe – Schuldspruch unter Strafverzicht”, en: *Festschrift für Reinhardt Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 257-.

ESPARZA LEIBAR, Inaki, *El principio del proceso debido*, Barcelona, 1995.

EXNER, Franz, Richter, “Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates”, en: *ZStW* (1935), pp. 1-.

FAIRCHILD, Erika; DAMMER, Harry, *Comparative Criminal Justice Systems*, 2ª edición, Belmont, 2001.

FALLER, Hans, “Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß”, en: *Festgabe für Theodor Maunz*, München, 1971, pp. 69s.

FARALDO CABANA, Patricia, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000.

FEELEY, Malcom M., “Plea Bargaining and the structure of the criminal process”, en: *Jus. Sys. J.*, Vol. 7, N° 3 (1982), pp. 338-.

FELTES, Thomas, “Die Erledigung von Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft Bemerkungen zur Rolle und Funktion der Staatsanwaltschaft als ‘Herrin des Ermittlungsverfahrens’ anhand einer Analyse von Staatsanwaltsstatistiken”, en: *KrimJ* (1984), pp. 50-.

FELTES, Thomas; JANSSEN, Helmut; VOSS, Michael, “Die Erledigung von Strafverfahren durch Staatsanwaltschaft und Gerichte brauchen wir die sogenannten Diversionsmodelle in der Bundesrepublik”, en: KERNER, Hans-Jürgen, *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, München, 1983, pp. 858-.

FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.

- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999.
- “El derecho penal mínimo”, en: *Poder y control* (1986). pp. 25-.
- “La pena en una sociedad democrática”, en: *La pena. Garantismo y democracia*. Martínez Sánchez, Mauricio. (Coautor y comp.), Bogotá, 1999, pp. 15-.

FERRI, Enrico, *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, 2ª edición, versión castellana de Isidro Pérez Oliva, Madrid, 1887.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege*, 2 Tomos, Giessen, 1821.

FEZER, Gerhard, “Zur Rechtsgutverletzung bei Drohungen-Neue Tatbestände zum Schutze der persönlichen Freiheit?”, en: *JR* (1976), pp. 95-.

FIGUEIREDO DÍAS, Jorge, “Die Reform des Strafverfahrens in Portugal”, en: *ZstW* (1992), pp. 448-.

FISCHER, Thomas; SCHWARZ, Otto Georg; DREHER, Eduard; TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56ª edición, München, 2009.

FISHER, George, “Plea Bargaining’s Triumph”, en: *Yale L. J.* Vol. 109 (1999-2000), pp. 857-.

FLOEGEL, S.n., “Zur Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland”, en: *DRiZ* (1935), pp. 166-.

FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999.

FLOYD Feeney, HERMANN, Joachim, *One case-two systems: a comparative view of American and German criminal justice*, Ardsley NY, 2005.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*, 2ª edición, Bogotá, 2013.

FRANK, Reinhard, *Studien zum Polizeistrafrechte*, Münchow, 1897.

FREISLER, Roland, “Das kommende deutsche Strafverfahren, Bericht der Amtlichen Strafrechtskommission”, en: Gürtner, Franz (Eds.), *Das kommende deutsche Strafverfahren*, Berlin 1938, pp. 54-.

- “Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts”, en: *DStR* (1935), pp. 228-.

FREUDENTHAL, Berthold, *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, 1922.

- FREY, Ludwig, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich*, Erlangen, 1850.
- FRIEDENTHAL, Joachim, *Beiträge zu einem Preß-Verwaltungsstrafrecht*, Breslau, Schletter, 1910.
- FROMONT, Michel, *Les grands systems de Droit contemporains*, Paris, 1987.
- FUCHS, Carl, *Pandekten texte*, Leipzig, 1867.
- *Kritische Studien zum Leitfaden zum Civilprocesspraktikum und Relatorium*, Marburg, 1862.
- GALLAS, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenstheorie*, Berlin, 1968.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad*, Pamplona, 1997.
- GATGENS, Erick, *Ermessen und Willkür im Straf- und Strafverfahrensrecht: eine dogmatische und rechtstheoretische Untersuchung zu den Grundlagen strafjuristischer Entscheidungsfindung*, Frankfurt am Main, 2007.
- GEISLER, Werner, “Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren”, en: *ZStW* (1981), pp. 1109-.
- GENDREL, Michel, *Éléments de procédure pénale*, 3ª edición, Paris, 1996.
- GEPPERT, Klaus, “Der Legalitätsprinzip”, en: *Jura* (1982), pp. 139-.
- “Opportunitätsprinzip”, en: *Jura* (1986), pp. 309-.
- GERLAND, Heinrich, *Der deutsche Strafprozess: eine systematische Darstellung*, Mannheim, 1927.
- GERTZ, Marc G., “The dynamics of plea bargaining in three countries”, en: *Crim. Just. Rev.* Vol. 15. N° 1, Spring (1990), pp. 48-.
- GEYER, August, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts*, Leipzig, 1880.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, “Los procedimientos penales simplificados (principio de ‘oportunidad’ y proceso penal monitorio)”, en *Poder Judicial*, N° Especial II (1988), pp. 31-.
- *Derecho procesal penal*, 1ª edición, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “La reforma de la LECRIM y la posición del M.F. en la investigación penal”, en: Gimeno Sendra, Vicente, ET AL (Dir.). *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*, Madrid, 2006, pp. 23-.

GLASER, Julius, *Das Prinzip der Strafverfolgung* 1860 en: *Gesammelte kleinere juristische Schriften*, I Parte: Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess, 2ª edición, Wien, 1883.

- *Handbuch des Strafprozesses*, Tomo I, en: *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft* / hrsg. Von Karl Binding, Leipzig, 1883.
- *Gesammelte kleinere juristische Schriften*, 2ª edición, Wien, 1883.
- *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts: ein Einzelbeiträge*, Tomo 1, Berlin, 1879.
- *Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren*, Erlangen, 1866.
- *Das englisch-schottische Strafverfahren*, Wien, 1850.

GNEIST, Rudolph von, *Das englische Parlament in tausendjährigen Wandlungen vom 9. bis zum Ende des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1886.

- *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den deutschen Verwaltungssystemen*, 2ª edición, Parte Especial, Berlin, 1884.
- *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1882.
- *Vier Fragen zur deutschen Strafprozessordnung mit einem Schlußwort über die Schöffengerichte*, Berlin, 1874.
- *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des Selfgovernment*, Tomos 1 y 2, Berlin, 1863.
- *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, Berlin, 1857-1863.

GÖBEL, Klaus, *Strafprozess Handbuch der Rechtspraxis*, VIII, 8 edición, München 2013.

GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1934.

- "Normativer Schuldbegriff" en: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* 16. August 1930, Tomo I, Tübingen, 1930, pp. 428-.
- *Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht*, Berlin, 1902

- GOLDSTEIN, Abraham S., *The passive Judiciary. Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea*, Baton Rouge and London, 1981.
- GOLDSTEIN, Abraham; MARCUS, Martin, “Comment on continental criminal procedure”, en: *87 Yale L. J.* (1978), pp. 1569-.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de derecho: intento de hallar el verdadero significado del principio acusatorio y su plasmación objetiva en el proceso penal de una democracia, a la luz del derecho comparado*, 1ª edición, México, 2008.
- “El Fiscal instructor”, en *Justicia* (1996), pp. 259-.
 - *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985.
- GONZÁLEZ CANO, Isabel; ROMERO PRADAS, María, “El principio de oportunidad reglada”, en: *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 706-.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.
- GÖPPINGER, Hans, *Kriminologie*, München, 1976.
- GÖSSEL, Karl Heinz, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1977.
- GÖTTE, Martin, *Die Bedeutung des Strafbedürfnisses und der Strafprovokation für das erzieherische Handeln*, München, 1965.
- GOYDKE, Jürgen u.a., *Vertrauen in den Rechtsstaat: Beiträge zur deutschen Einheit im Recht; Festschrift für Walter Remmers*, Köln, 1995.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, *Das Strafprozessrecht*, 3ª edición revisada, Berlin, 1929.
- *Das Strafprozessrecht*, Berlin, 1925.
- GRABBERGER, Roland, *Psychologie des Strafverfahrens*, Wien, 1950.
- GRENVILLE, Jhon. A., *La europa remodelada 1848-1878*, 6ª edición, Madrid, 1991.
- GRÜNWARD, Gerald, “Empfiehl es sich, besondere strafprozessuale Vorschriften für Großverfahren einzuführen?”, *Gutachten C* zum 50. Deutschen Juristentag, München, 1974.
- GUDERIAN, s.n., “Kriminalles und polizeiliches Unrecht”, en: *ZStW* 21 (1901), pp. 828-.

GUINCHARD, Serge, *Droit processuel; droit commun et droit compare du process*, 3ª edición, Paris, 2005.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*, 7ª edición, Paris, 2011.

GÜNTHER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution; Versuch eines juristischen Essays*, Frankfurt am Main, 1973.

GÜRTNER, Franz, *Das kommende deutsche Strafverfahren: Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission*, Berlin, 1938.

HABER, Günter, “Probleme der Strafprozessgeschichte im Vormärz”, en: *ZStW* (1979), pp. 590-.

HADDAD, James B.; MARSH, Elizabeth P.; ZAGEL, James B.; MEYER, Linda R.; STARKMAN, Gary L.; BAUER, William J., *Criminal Procedure, Cases and Comments*, 7th edition, New York, 2008.

HAHN, Carl; MUGDAN, Benno, *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamtes herausgeben*, Ocho Tomos, III, Berlin, 1879-1898;

- *Die gesammten Materialien zu den Gerichtsverfassungsgesetz, Tomo I y III*, Berlin, 1879;
- *Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 1. Febr. 1877*, Berlin 1880.

HALLER, Klaus; CONZEN, Klaus, *Das Strafverfahren: eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen*, 2ª edición revisada y actualizada, Heidelberg, 1999.

HAMM, Rainer, “Mißbrauch des Strafrechts”, en: *NJW* (1996), pp. 2981-.

HANACK, Ernst Walter, “Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsform”, en: *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin, 1973, pp. 339-.

HANNICH, Rolf; APPL, EKKERHARD, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK*, 6ª edición, München, 2008.

HASSEMER, Winfried, “Der Staat muss das Strafbedürfnis der Bevölkerung beachten”, en: *ZRP* (2004), pp. 93-.

- “Legalität und Opportunität im Strafverfahren”, en: Ostendorf, Heribert (Ed.), *Strafverfolgung und Strafverzicht, Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, Köln, 1992, pp. 529-.
- HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3ª edición revisada, Heidelberg, 1999.
- *Los fundamentos histórico- ideológicos del derecho alemán*, 2ª edición, traducción de Miguel Izquierdo Macias-Picavea, Madrid, 1981.
- HEGHMANN, Michael, “Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft”, en: *GA* (2003), pp. 433-.
- HEINITZ, Ernst, “Anmerkung zu OLG Hamburg, U.v. 19.07.1961”, en: *JZ* (1963), pp. 132-.
- HEINZ, Eyrich (Ed.), *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65.Geburtstag*, München, 1989.
- HEINZ, Wolfgang, “Entlastung durch Beschleunigung und Vereinfachung-zur Krise des Strafprozesses” en: *Festschrift für Winfried Brohm*, München, 2002, pp. 351-.
- HELLEBRAND, Johannes, *Die Staatsanwaltschaft: Arbeitsgebiet und Arbeitpraxis; eine Einführung für angehende Staatsanwälte und für Referendare bei Eintritt in die staatsanwaltschaftliche Ausbildung*, München, 1999.
- HELLMANN, Uwe, “Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Beschuldigten bei der Einstellung gegen Auflagen?”, en: *MDR* (1989), p. 952-.
- HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch*, 2ª edición, Stuttgart, 1968.
- “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip”, en: *Festschrift für Mezger*, München, 1954, pp. 249-.
 - “Der Staatsanwalt”, en: *DSrR* (1935), pp. 277-.
 - “Die Gestalt des künftigen Strafverfahrens, Gedanken zur Strafverfahrenserneuerung”, en: *DJZ* (1935), pp. 530-.
 - “Aussprache über Richter, Staatsanwalt und Beschuldigten im Strafprozeß des neuen Staates ”, en: *ZStW* (1935), pp. 35-.

HENNING, “Rosenau, Plea Bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet”, en: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 1597-.

HERRMANN, Joachim, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, Bonn, 1971.

HERTWIG, Volker, *Die Einstellung der Staatsanwaltschaft wegen Geringfügigkeit. Eine empirische Analyse der Handhabung der §§ 153, 153a StPO in der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis*, Göttingen, 1982.

HERTZ, Adolf, *Geschichte des Legalitätsprinzips*, Freiburg i. Br., 1935.

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª edición, Heidelberg, 1999.

HEYDEN, Frank, *Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips*, Winterthur, 1961.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan, *Las excusas absolutorias*, Madrid, 1993.

HILGEMANN, Werner, *DTV- Atlas Weltgeschichte*, 2 Tomos, 15ª edición, München, 1979.

HILGER, Hans, “Anmerkungen zum Alternativ-Entwurf aus Sicht der richterlichen Praxis”, en: *NStZ* (1982), pp. 312-.

HIRSCH, Hans Joachim, “Zur Behandlung der Bagatelldeliktalität in der Bundesrepublik Deutschland”, en: *ZStW* (1980), pp. 218-.

- “Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens”, en: *Festschrift für Richard Lange*, Berlin, 1976, pp. 815-.

- “Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens”, en: Warda Günter (Ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976 pp. 815-.

HIRSCH, Hans Joachim (Eds.), *Festschrift für Gunter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2003.

HOBE, Konrad, “Geringe Schuld und öffentliches Interesse in §§ 153 und 153 a StPO”, en: *Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1983, pp. 576-.

- HOFMANN, Manfred, “Der ‘unwillige’ Bereitschaftsrichter und Durchsuchungsanordnungen wegen Gefahr im Verzug”, en: *NStZ* (2003), pp. 230-.
- HOHENDORF, S.n., “§153a I als Radikalmittel zur Bewältigung der Massen-Bagatelldelinquenz”, en: *NJW* (1987), pp. 1177-.
- HÖRNLE, Tatjana, “Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe”, en: *ZStW* 117 (2005), pp. 802-.
- HORSTMANN, Markus, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, Berlin, 2002.
- HUBER, Barbara, Por fin socialmente aceptable ¿acuerdos procesales en Alemania?, en: Albrecht, Hans-Jörg/Sieber, Ulrich/Simon, Jan-Michael/Schwarz, Felix, (Comp.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad. Die Gegenwart der Kriminalität, der Strafrechtsentwicklung und Strafrechtskritik*, Buenos Aires, 2009, pp. 115-.
- HÜBNER, S.n., “Die Zukunft der Staatsanwaltschaft”, en: *JW* (1929), pp. 982-.
- IGNOR, Alexander Maria, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846: von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Paderborn, 2002.
- INTRATOR, Gerhard, *Inhalt, Zweck und Schicksal des gescheiterten Strafprozessentwurfs von 1908 unter besonderer Berücksichtigung der Strafrichterorganisation*, Freiburg i. Br., 1934.
- ISRAEL Jerold H.; KAMISAR Yale; LAFAVE Wayne R., *Criminal procedure and the Constitution: leading criminal procedure cases and introductory text*, St. Paul Minnesota 2004.
- JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter T., (Eds.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, 2008.
- JASCH, Michael, “Anregungen für das deutsche Strafrecht aus England”, en: *NJW* (2004), pp. 1077-.
- JEHLE, Jörg-Martin, *Strafrechtspflege in Deutschland*, 5ª edición, Berlin, 2009.

JEHLE, Jörg-Martin, HARRENDORF, Stefan (Eds.) *Defining and registering Criminal offences and measures. Standards for a European Comparison*, Göttingen, 2010.

JEHLE, Jörg-Martin, WADE, Marianne, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Heidelberg, 2006.

JEROUSCHEK, Günter; KÖLBEL, Ralf, “Souveräne Strafverfolgung Überlegungen zu einem Phänomen „staatsverstärker“ Wirtschaftskriminalität”, en: *NJW* (2001), pp. 1601-.

JESCHECK HANS-HEINRICH, “Deutsche und österreichische Strafrechtsreform”, en: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976.

- “Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze im Vergleich mit der österreichischen Regierungsvorlage 1971”, en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973.

JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal*, 4ª edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemein teil*, 5ª edición, Berlin, 1996.

JOACHIMSKI, Jupp, *Strafverfahrensrecht: Kurzlehrbuch zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung*, 4ª edición revisada, Stuttgart, 2000.

JOLOWICZ, John Anthony, *Droit anglais*, Paris, 1986.

JUNG, S.n., “Die Deutsche Staatsanwaltschaft Gedanken zum 1. April 1935”, en: *DJ* (1935), pp. 473-.

JUNG, Heike, “Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa”, en: *GA* (2002), pp. 65-.

JUNG, Heike; KOPF, Stephanie; STÜCKENBERG, Carl-Friedrich, *et al.*, “Les investigations policières”/Polizeiliche *Ermittlungen im deutsch-französischen Rechtsvergleich-ein Tagungsbericht*, en: *GA* (2011), pp. 531-.

KAHL, Wilhelm; LILIENTHAL Karl von; VON LISZT, Franz; GOLDSCHMIDT, James Paul, *Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches*, 1911.

- KAISER, Günther, *Strafvollzug: eine Einführung in die Grundlagen*, 5ª edición, Heidelberg, 2003.
- KAISER, Günther; MEINBERG, Volker, “‘Tuschelverfahren’ und ‘Millionärsschutzparagraph’? – Empirische Erkenntnisse zur Einstellung nach § 153a I StPO am Beispiel Wirtschaftskriminalität”, en: *NStZ* (1984), pp. 343-.
- KAMPS, Hans, *Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Nachkriegsbestimmungen*, Köln, 1930.
- KAPAHNKE, Ulf, *Opportunität und Legalität im Strafverfahren-Straverfolgungsverzicht durch die Staatsanwaltschafts gemäss den pgs 154, 154 a StPO nach der Neufassung durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979*, Tübingen, 1982.
- KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª edición, Heidelberg, 1976.
- KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt: ein Richter vor dem Richter?; Untersuchungen zu §153 a StPO*, Berlin, 1980.
- KAYSER, Paul, *Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des deutschen Reich für das Studium und die Praxis systematisch dargestellt*, Paderborn, 1879.
- KELKER, Brigitte, “Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, Objektives Organ der Rechtspflege oder doch „parteiischer ‘Anwalt des Staates?’”, en: *ZStW* 118 (2006), pp. 389-.
- KERN, Eduard, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrecht*, 5ª edición, München, 1954.
- *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 3ª edición, München, 1953.
- KERN, Eduard; ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. (Desde la novena edición junto con Roxin), 14ª edición revisada, München, 1976.
- KERNER, Hans-Jürgen, “Statt Strafe: Diversion? Zur Einführung in die Thematik”, en: Kerner, Hans-Jürgen (ed.), *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Heidelberg, 1983, pp. 1-.
- KESSLER, Isabel, “A comparative analysis of prosecution in Germany and the United Kingdom”, en: *Wrongful conviction: international*

perspectives on miscarriages of justice (Ronald Huff, Martin Killias, Eds.), Philadelphia, 2008.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafprozessrecht*, 1ª edición, Baden-Baden, 2006.

- *Strafprozessrecht*, 3ª edición, Baden-Baden, 2013.

KINTZI, Heinrich, “Der unabhängige Staatsanwalt, Ein Streifzug durch Braunschweiger Justizgeschichte”, en: *DRiZ* (1988), pp. 86-.

KLEINHEYER, Gerd; SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 4ª edición, Heidelberg 1996,

KLEINKNECHT, Theodor; MÜLLER, Hermann; FEZER, Gerhard, *KMR Kommentar zur Strafprozessordnung*, Neuwied, 1980.

KLUGE, Friedrich, *Etymologisches Wörterbuch der deutsche Sprache*, 23ª edición, Berlin, 1995.

KNEMEYER, Franz-Ludwing, “Staatsanwaltschaft und Polizei”, en: *Recht und Kriminalität Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag*, Köln, 1990, pp. 471-.

KNIESEL, Michael, Neue Polizeigesetze contra StPO?, en: *ZRP* (1987) pp. 377-.

KNOLLMANN, Johann Wilhelm, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft im Königreich Hannover: Studien zur Entstehung des reformierten Strafprozesses*, Berlin, 1994.

KÖBLER, Gerhard, *Deutsche Rechtsgeschichte ein systematischer Grundriß der geschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts von den Indogermanen bis zur Gegenwart*, 4ª edición, München, 1990.

KOHLHASS, Max, “Die seit dem 1.1.1975 geltenden Änderungen des OWiG und der StPO”, en: *DAR* (1975), pp. 10-.

KRAIF, Ursula, *Duden-Das große Fremdwörterbuch: Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter*, 4ª edición, Mannheim, 2007.

KRAMER, Bernhard, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren*, 8ª edición, Stuttgart, 2014.

KRAMER, Helmut, “Ladendiebstahl und Privatjustiz”, en: *ZRP* (1974), pp. 62-.

KREUZER, Arthur, “Die Haschisch-Entscheidung des BverfG”, en: *NJW* 37 (1994), pp. 2400-.

KREY, Volker, “ Grundzüge des Strafverfahrensrechts”, en: *JA* (1985), pp. 61-.

KRÜMPELMANN, Justus, *Die Bagatelldelikte*, Berlin, 1966.

KUDLICH, Hans, “El principio de legalidad en el derecho procesal penal (en especial en el derecho procesal penal alemán”, en: Montiel, Juan Pablo (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, 2012, pp. 435-.

KUHLEN, Lothar, *Diversion im Jugendstrafverfahren*, Heidelberg, 1988.

KUNIG, Philip, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu einer Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986.

KUNZ, Karl-Ludwig, *Die Zukunft der Freiheitsstrafe; kriminolog. u. rechtsvergleichende Perspektiven*, Bern, 1989.

- “Prävention und Gerechte Zurechnung”, en: *ZStW* (1986), pp. 828-.
- “Die Verdrängung des Richters durch den Staatsanwalt: eine zwangsläufige Entwicklung effizienzorientierter Strafrechtspflege?”, en: *KrimJ* (1984), pp. 39-.
- *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlin, 1984.
- *Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft (§§153 Abs.1, 153a Abs. 1 StPO); eine empirische Untersuchung in kriminalpolitischer Absicht*, Königstein, 1980.
- “Empirische Untersuchungen der Einstellungspraxis zu §§153, 153a der Strafprozeßordnung”, en: *KrimJ* (1979), pp. 35-.

KURTH, Hans-J, “Beschränkung des Prozeßstoffs und Einführung des Tonbandprotokolls durch das Strafverfahrensänderungsgesetz”, en: *NJW* 7 (1979), pp. 2481-.

KURZROCK, Julia, *Die Zulässigkeit politischer Einflußnahme auf Strafverfahren: zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Staatsanwaltschaft*, Osnabrück, 2003.

KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8ª edición totalmente revisada y actualizada, Heidelberg, 2010.

- *Strafprozeßlehre*, 4ª edición, Heidelberg, 1993.

- LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian; DREHER, Eduard, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª edición, 2011, § 46.
- LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J., *Criminal procedure Section 5.*, St. Paul Minnesota, 2007.
- LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996.
- LANGBEIN, John H., “Understanding the short history of plea bargaining”, en: *Law & Soc’y Rev.* Winter 1979 (1978-1979), pp. 261-.
- “The Criminal Trial before the Lawyers”, en: *U. Chi. L. Rev.* Vol. 45 N° 2 Winter 1978 (1977-1978), pp. 263-.
 - *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, Massachusetts, 1974.
- LANGBEIN, John H., WEINREB, Lloyd R., “Continental criminal procedure: ‘Mith’ and reality”, en: *Yale. L. J.* (1977-1978), pp. 1549-.
- LANGE, Richard, “Der Ladendiebstahl. Ein Ort wissenschaftlicher Verwirrung”, en: *Festschrift für Hermann Jahrreiss*, Köln, 1974, pp. 117-.
- LANGER, Máximo, *Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de ideas legales desde la periferia*, Santiago de Chile, 2007.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, traducción y presentación de Luis Díez-Picazo, Madrid, 1990.
- LAUFS, Adolf, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, 6ª edición actualizada y revisada, Berlin, 2006.
- LEß, S.n. “Zur Stellung des Staatsanwalts”, en: *JR* (1951), pp. 193-.
- LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, Sabine, “Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt?”, en *ZStW* 123 (2011), pp. 651-.
- LEVIS, D., “Zur Theorie des Strafvergügensverfahren”, en: *ZStW* 19 (1899), pp. 319-.
- LÍBANO BERISTAIN, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales: adaptado a la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010*, Barcelona, 2011.
- LIEPMANN, Moritz, *Das Strafverfahren und die Organisation der Straferichte*, Berlin, 1926.

- LILIE, Hans, “Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren”, en: *ZStW* (1994), pp. 625-.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Derecho procesal penal*, San José de Costa Rica, 2005.
- LOOS, Fritz, “Zur ‘schadensbegrenzenden’ Auslegung strafprozessualer Vorschriften des Justizentlastungsgesetzes”, en: *Festschrift für Walter Remmers*, Köln, 1995, pp. 565-.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El principio de oportunidad”, en: *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales* (dir. de Prego de Oliver Tolivar), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 49-.
- LORENZEN, Henning, “Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip-Kritische Betrachtungen aus der und für die Strafverfolgungspraxis”, en: Ostendorf, Heribert (Eds.), *Strafverfolgung und Strafverzicht, Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, Köln, 1992, pp. 541-.
- LOSANO, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, 1982.
- LÖW, Christine, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, Frankfurt am Main, 1999.
- LÖWE, Ewald Karl August Erdmann, *Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich: nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze*, Berlin 1879; 3ª edición, Berlin, 1882; 8ª edición, Berlin, 1894.
- LÖWE, Ewald; ROSENBERG, Werner; BEULKE, Werner; VOLKER, Erb, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Tomo V, §§ 151-212b*, 26ª edición, Berlin, 2008.
- LUNDQVIST, Ulf, “Das Ermittlungsverfahren in Schweden”, en: *ZStW* (2000), pp. 157-.
- LUZON PEÑA, “La punibilidad”, en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 831-.
- MALSACK, Birgit, *Die Stellung der Verteidigung im reformierten Strafprozeß: eine rechtshistorische Studie anhand der Schriften von C.J.A. Mittermaier*, Frankfurt am Main, 1992.

- MANNHEIM, S.n., “Die Durchbrechung des Legalitätsprinzips”, en: *JW* (1924), pp. 1646-
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990.
- MARAFIOTI, Luca, “Italian Criminal Procedure: A System Caught Between Two Traditions”, en: Jackson/Langer/Tillers (Eds.), *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, 2008, pp. 81-.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., “La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento”, en: *RDPC*, 3ª época N° 6 (2011), pp. 79-.
- MARQUARDT, Hanno, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips: ein historisch-empirischer Beitrag zur Gesetzgebung*, Mannheim, 1982.
- MARTIN, Ludwig, “Zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszugs in Staatsschutz-Strafsachen”, en: *NJW* (1969), pp. 713-.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989.
- MATTES, Heinz, *Problemas de derecho penal administrativo*, traducción y notas por: José María Rodríguez Devesa, Madrid 1979.
- MAURACH, Reinhardt, *Deutsches Strafrecht AT*, 4a edición, Karlsruhe, 1971.
- *Tratado de derecho penal*, traducción y notas de Juan Córdoba Roda, Barcelona 1962.
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª edición, München, 2002.
- MEHLE, Volkmar, “Anmerkungen zum Alternativ-Entwurf aus anwaltlicher Sicht”, en: *NStZ* (1982), pp. 309-.
- MEINBERG, Volker, *Geringfügigkeitseinstellung von Wirtschaftsstrafsachen: eine empirische Untersuchung zur staatsanwaltschaftlichen Verfahrenerledigung nach §153a Abs.1 StPO*, Freiburg, 1985.
- MENDES DE CARVALHO, Erika, *Punibilidad y delito*, Madrid, 2007.
- MERCONE, Mario, *Diritto processuale penale*, 15ª edición, Nápoles, 2007.

- MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, *La discrecionalidad para acusar*, 3ª edición, Bogotá, 2011.
- MEYER, Dieter, “Zulässigkeit der Belastung des Angeklagten mit den notwendigen Auslagen des Nebenklägers im Falle einer endgültigen Verfahrenseinstellung gemäß §§153a Abs 2, 205 StPO?”, en: *JurBüro* (1978), pp. 1755-.
- MEYER, Hugo, *Die Parteien im Strafprozeß*, Erlangen, Leipzig, 1889.
- MEYER-GOLDAU, Hans-Wilhelm, *Der Begriff der “geringen Schuld” in § 153 der Strafprozeßordnung*, Kiel, 1972.
- MEYER-GOßNER, Lutz, Die Zukunft des Strafverfahrens-Abschied vom Rechtsstaat?, en: *ZStW* 119 (2007), pp. 940-.
- MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 52ª edición, München, 2009.
- MEZGER, Edmund, *Strafrecht: ein Lehrbuch*, 3ª edición, Berlin, 1949.
- MICHAELSEN, Horst d., “Möglichkeiten der Beschleunigung und Kosteneinsparung im Wirtschaftsstrafverfahren”, en: *Kriminalistik* (1982), pp. 498-.
- MILLER, Marc Louis, *Criminal procedures: cases, statutes and executive materials*, 3ª edición, New York, 2010.
- MILLER, Marc L.; WRIGHT, RONALD F., *Criminal Procedure. Prosecution and adjudication*, New York, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Barcelona, 2011.
- “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”, en: Mir Puig, Santiago; Queralt Jiménez, Joan J, (Dirs.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, 2010, pp. 67-.
- MITTERMAIER, Wolfgang, *Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformierten deutschen Strafverfahren*, Stuttgart, 1897.
- MITTERMAIER, Carl Josef Anton, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, 1856.

- *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren: im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsübung*, Erlangen, 1851.
- *Das Deutsche Strafverfahren*, Heidelberg, 1846.
- *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft*, Stuttgart, Tübingen, 1845.

MOHREN, Veronika, *Die Veranlassung erzieherischer Maßnahmen durch den Staatsanwalt nach §45 JGG: Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Probleme*, Sinzheim, 1998.

MOLINA LÓPEZ, Ricardo, *La conformidad en el proceso penal*, Bogotá, 2012.

MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, III, *proceso penal*, Valencia, 1995.

MONTIEL, Juan Pablo (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, 2012.

MOOS, Reinhard, *Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte*, Wien, 1981.

MORENO BRANDT, Carlos, *El proceso penal venezolano*, Caracas, 2004.

MÖSL, Albert, “Zum Strafzumessungsrecht”, en: *NStZ* (1984), pp. 158-.

-“Tendenzen der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, en: *DRiZ* (1979), pp. 165-.

MURMANN, Uwe (Ed.), *Recht ohne Regeln, Die Entformalisierung des Strafrechts*, Göttingen, 2011.

MÜLLER, Helga, “Die Handhabung des ‘pflichtgemäßen Ermessen(s)’ nach § 47 OWiG bei der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten”, en: *GA* (1988), pp. 317-.

MÜLLER, Ingo, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, Frankfurt am Main, 1980.

- “Der Wert der ‘materiellen Wahrheit’”, en: *Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 1977, pp. 522-.

- MÜLLER, Klaus Jochen, *Das Strafbefehlsverfahren*, (§§ 407 ff. StPO), Frankfurt am Main, 1993.
- MÜLLER, Rudolf, “Begünstigung der Steuer- und Wirtschaftsstraftäter durch den Staat”, en: *ZRP* (1975), pp. 49-.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 3ª edición, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 8ª edición, Valencia, 2010.
- NAGLER, Johannes, “Zur Einschätzung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924”, en: Oetker, Friedrich; Nagler, Johannes, *Die neue deutsche Gerichtsverfassung*, Stuttgart, 1924, pp., 60-.
- NAUCKE, Wolfgang, “Das System der prozessualen Entkriminalisierung”, en: Samson, Erich (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 403-.
- “Versuch über den aktuellen Stil des Rechts”, en: *KritV* (1986), pp. 189-.
 - “Empfiehl es sich, in bestimmten Bereichen der Kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, z.B. zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?”, en: Gutachten, D (Strafrechtliches Teilgutachten) für den 51. *Deutschen Juristentag*, München, 1976.
 - “Der Begriff der geringen Schuld (§153a StPO) im Straftatsystem”, en: *Festschrift für Reinhardt Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 197-.
- NEHM, KAY, Umfang der Bindung des Ermittlungsrichters an Anträge der Staatsanwaltschaft, en: *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Lutz Meyer-Götsner zum 65. Geburtstag*, München, 2001, pp. 277-.
- NELLES, Ursula; VELTEN, Petra, “Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze?”, en: *NStZ* (1994), pp. 366-.

- NEUMANN, Ulfrid, “Rechtspolitische Aspekte der Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts”, en: Peter-Alexis, Albrecht (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, 1995, pp. 197-.
- NIEPER, Georg August Wilhelm Bechtold, *Die königlich-preußische Strafproceßordnung vom 25. Juni/ 1. September 1867; mit gebrauchserleichternden u. erläuternden Anmerkungen vers.*, Göttingen, 1868.
- NIPPERDEY, Thomas, *Deutsche Geschichte*, Tomo I: Arbeitswelt und Bürgergeist, München, 1990.
- NOBIS, Frank, *Die Strafprozeßgesetzgebung der späten Weimarer Republik (1930-1932); insbesondere die Notverordnung vom 14. Juni 1932*, Baden-Baden, 2000.
- O'BRIEN, Andrew P., “Reconcilable differences. The Supreme Court should allow the marriage of brady and plea bargaining”, en: *Ind. L. J.* Vol. 78 (2003), pp. 899-.
- OETKER, Friedrich, “Die Stellung der Staatsanwaltschaft im kommenden Strafverfahren”, en: *Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht*, München, 1936, pp. 80-.
- “Die Strafgerichtsverfassung, nach der Verodnung vom. 4. Januar 1924”, en: Oetker Friedrich; Nagler, Johannes, *Die neue deustche Gerichtsverfassung*, Stuttgart, 1924, pp. 3-.
- ORLANDI, Renzo, “Absprachen im italienischen Strafverfahren”, en: *ZSAW* 116 (2004), pp. 120-.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco; PICO I JUNOY, Joan, “Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal”, en: *R.J.Cat.* (1995) Vol. 94 núm. 3, pp. 611-.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”, en *RDPC* 2 (2004), pp. 31-.
- ORTLOFF, Herrmann Friedrich, *Staats- und Gesellschaftsvertretung im Strafverfahren, Zur Umgestaltung des Strafverfahrens im konstitutionellen Staate*, Tübingen, 1892.
- OTTO, Gustav, *Die Preußische Staatsanwaltschaft: aus Anlaß ihres 50 jährigen Bestehens als historisch-kritische Studie nach amtlichen Quellen bearbeitet*, Berlin 1899.

- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª edición, Berlin, 2004.
- PALACIOS DEXTRE, Darío; GUILLERGUA, Ruth Monge, *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*, 2ª edición, Lima, 2010.
- PALIERO, Carlo Enrico, *Minima non curat praetor: ipertofia del diritto penale e decriminalizzazione die reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PASCHMANN, Norbert, *Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach §§153, 153a StPO-Entscheidungsgrenzen und Entscheidungskontrolle*, Frankfurt am Main, 1988.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, 2002.
- PASTOR PRIETO, Santos; BARBERET, Rosmery, “El Ministerio Fiscal y el Sistema de Justicia Criminal: elementos para un análisis económico”, en: *Cuadernos de Derecho Público* N° 16 (2002), pp. 25-.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en: *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 321-.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Legitimación penal de la coexistencia de los principios de legalidad y oportunidad”, en: *CPC 94* (2008), Madrid, p. 141.
- PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada, “El ministerio ifscal como director de la investigación en el proceso penal alemán”, en: Kai Ambos (Dir) y María Laura Böhm (Coord.), *Desarrollos Actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Bogotá, 2012, pp. 65-.
- PETERS, Karl, *Strafprozeß: ein Lehrbuch*, 4ª edición extendida y revisada, Heidelberg, 1985.
- “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip” en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 415-.
 - “Zur Neuordnung des Strafverfahrens. Eine kritische Stellungnahme zu den Vorschlägen der Abhandlungen über das kommende Strafverfahren im „deutschen Strafrecht“ 1935, Heft 8-II”, en: *ZStW* (1937), pp. 34-.
 - “Die Behandlung der Halberwachsenen im kommenden Strafrecht. In Beitrag zur Strafrechtsreform”, en: *ZStW* (1937), pp. 495-.

PFEIFFER, Gerd, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5ª edición, München, 2003.

- “Zur Ausschließung und Ablehnung des Staatsanwaltes nach geltenden Recht”, en: *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, München, 1989, pp. 359-.

PFIZER, Gustav, *Recht und Willkür im deutschen Strafprozeß*, *Deutsche Zeit und Streit fragen*, Heft, 41, 42, Hamburg, 1888.

POLAINO NAVARRETE, “La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico penal y la política criminal”, en: *Criminalidad actual y derecho penal*, Córdoba, 1988, pp. 11-.

POPITZ, Heinrich, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968.

POSNER, Richard, “El análisis económico del derecho en el *common law* en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2 N° 7 (Invierno 2005), pp. 7-.

- *El análisis económico del derecho*, México, D. F., 1992.
- “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, en: *Journal of Legal Studies*, N° 8 Chicago (1979), pp. 103-.

POTT, Christine, *Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a stop: zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1996.

PRADEL, JEAN, *Droit pénal comparé*, 3ª edición, Paris, 2008.

- *Manuel de procédure pénale*, 12ª edición, Paris, 2004.
- *Procédure Pénale*, 16ª edición, Paris, 2011.

QUEDENFELD, Hans Dietrich, “Beweisantrag und Verteidigung in den Abschnitten des Strafverfahrens bis zum erstinstanzlichen Urteil”, en: *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, pp. 215- .

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans, *Derecho injusto y derecho nulo*, traducción e introducción al español de Jose María Rodríguez Paniagua, Madrid, 1971.

- RAHN, S.n., “Zweifelsfragen des Opportunitätsprinzips”, en: *Kriminalpolitische Gegenwartsfragen*, Wiesbaden, 1959, pp. 227-.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2010.
- RANFT, Otfried, *Strafprozeßrecht*, 2ª edición, Stuttgart, 1995.
- RASSAT, Michèle-Laure, *Procedure penale*, 2ª edición, Paris, 1995.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, revised edition, Cambridge, 1999.
- REAL Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición, Madrid, 2003.
- REBMANN, S.n., “Strafprozessuale Bewältigung von Großverfahren”, en: *NStZ* (1984), pp. 241-.
- REDECKER, Hans-Dieter, “Kann Wirtschaftskriminalität mit traditionellen Mitteln überhaupt bekämpft werden?”, en: *DRiZ* (1975), pp. 206-.
- RENAULT-BRAHINSKY, Corinne, *Procédure pénale: la poursuite, l'enquêté et l'instruction, le jugement, le mineur*, 9ª edición, à jour du décret du 16 janvier 2008 relatif aux pôles de l'instruction, Paris, 2008.
- RENTZEL-ROTHE, Wolfgang, *Der “Goldschmidt-Entwurf”: Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920*, Pfaffenweiler, 1995.
- RIEHLE, Gerhard, *Die rechtsstaatliche Bedeutung der Staatsanwaltschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer Rolle in der nationalsozialistischen Zeit*, Heidelberg, 1985.
- RIESS, Peter; LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz §§ 153 y ss. StPO*, Tomo V, Berlin, 2008.
- RIESS, Peter “Die Versagung der Abzugsfähigkeit von ‘Schmiergeldern’ bei Einstellung des Strafverfahrens nach § 153 ff StPO”, en: *Wistra* (1997), pp. 137-.
- “Zur weiteren Entwicklung der Einstellungen nach §153a StPO”, en: *ZRP* (1985), pp. 212-.
 - “Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO”, en: *ZRP* (1983), pp. 93-.
 - “Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Bechluß v. 20.4”, en: *NStZ* (1982), pp. 434-.

- “Die Zukunft des Legalitätsprinzips”, en: *NStZ* (1981), pp. 2-.
- “Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts”, en: *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1979, pp. 155-.

RIKLIN, Franz, “Die Strafprozessrechtsreform in der Schweiz”, en: *GA* (2006), pp. 495-.

RINGWALD Gerhard, “Gegenpol zu INPOL?”, en: *ZRP* (1988), pp. 178-.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, 18ª edición, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia Penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; CONTRERAS ALFARO, Luis H, “Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del derecho procesal penal del siglo XXI”, en: *Justicia* (2006), pp. 53-.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; ANDRADE FERNÁNDEZ, Fernando, “Análisis crítico de la posible utilización del principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de los delitos de corrupción”, en: *Justicia* (2012), pp. 253-.

ROHLING, Walter, “Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts im künftigen Strafverfahren”, en: *DJZ* (1935), pp. 1346-.

ROSENBERG, Werner, “Das Reichsgericht und die Rechtseinheit”, en: *DJZ* (1924), pp. 260-.

- “Beiträge zur Bestrafung der Übertretungen”, en: *ZStW* 22 (1902), pp. 31-.

ROSETT, Arthur, “Trial and discretion in Dutch criminal justice”, en: *UCLA Law Review* 19 (1972), pp. 353-.

RÖSSNER, Dieter, *Bagatelldiebstahl und Verbrechenskontrolle: ein exemplarischer Beitrag zur Entkriminalisierung durch qualitative Begrenzung des Strafrechts*, Bern, 1976.

ROTERING, *Polizei-Übertretung und Polizeiverordnungsrecht*, Berlin, 1888.

ROTH, Andreas, *Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten: 1850-1914; ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens*, Berlin, 1997.

ROXIN, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, México, 2008.

- *Strafrecht, Tomo 1, Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenslehre*, AT, 4ª edición, München, 2006.
- *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carme García Cantizano, Valencia, 2000.
- *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, 25ª edición, München, 1998.
- *Derecho penal, parte general*, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª edición alemana y notas: Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz Y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, Madrid, 1997.
- “Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute”, en: *DriZ* (1997), pp. 109-.
- “Zur systematischen Einordnung des § 42 StGBÖ, en Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie”, en: *Festschrift für Franz Pallin zum 80 Geburtstag*, Wien, 1989, pp. 345 -.
- ROXIN, “Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?”, en: *ZStrR* 104 (1987), pp. 356-.
- *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Madrid, 1981.
- “Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren”, en: *Kriminologie und Strafverfahren*, Stuttgart, 1976, pp. 19-.
- “‘Schuld’ und ‘Verantwortlichkeit’ als Systemkategorien”, en: *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, 1974, pp. 171-.

ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (Eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin, 1974.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, 27ª edición, München, 2012.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Strafprozeß im Umbruch”, en: *ZRP* (1976), pp. 165-.

- *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Loseblattsammlung, Frankfurt am Main, 1986-2009.

RUIZ VADILLO, Enrique, “El principio de oportunidad reglada”, en: *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 387-.

RÜPING, Hinrich, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 3ª edición, München, 1998.

- *Das Strafverfahren*, 3ª edición revisada, München, 1997.
- *Staatsanwaltschaft und Provinzialjustizverwaltung im Dritten Reich: aus den Akten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht Celle als höherer Reichsjustizbehörde*, Baden-Baden, 1990.

RÜPING, Hinrich; JEROUSCHEK, Günter, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 5ª edición, München, 2007.

SALIGER, Frank, “Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001”, en: *GA* (2005), pp. 155-.

SANTANA VEGA, “Principio de oportunidad y sistema penal”, en: *ADPCP* (1994), pp. 105-.

SANDERS Andrew, *Criminal Justice*, 3ª edición, London, 2007.

SATZGER, Helmut, *Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag in Bonn 2004 zur Reform des Ermittlungsverfahrens Stellung*, Bonn, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, “Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß - Ordnung”, en: *GA* 7 (1858), pp. 579-.

SCHAEFER, Hans Christoph, “Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem”, en: *NJW* (2001), pp. 1396-.

- “Anspruch und Wirklichkeit - eine staatsanwaltliche Reflexion”, en: *NJW* (1994), pp. 2876-.

- “Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen des Beschuldigten”, en: *MDR* (1977), pp. 980-.
- “Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens-Entmachtung der Staatsanwaltschaft”, en: *StraFo* (2002), pp. 118-.

SCHÄFER, Carsten; PAOLA, Letizia, *Drogenkonsum und Strafverfolgungspraxis: eine Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Anwendung des § 31 a BtMG und anderer Opportunitätsvorschriften auf Drogenkonsumentendelikte*, Freiburg i. Br., 2006.

SCHIMMACK, s.n., “Referat; Preußischer Richterverein Vertretung zu Hildesheim 25. u. 26 Okt. 1925”, en: *JW* (1924), pp. 1660-.

SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim, “Erweiterte Handlungsspielräume-gesteigerte Verantwortung der Verteidigung im künftigen Ermittlungsverfahren”, en: *StV* (2004), pp. 504-.

SCHLÜCHTER, Ellen, *Das Strafverfahren*, 2ª edición revisada, Köln, 1983.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht AT*, 10/2., 2ª edición, Tübingen, 1975.

- “Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß”, en: *JZ* (1973), pp. 529-.

SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª edición, Göttingen, 1995.

- *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Tomo I, 2ª edición, Göttingen, 1964.
- *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1947.

SCHMIDT-JORTZIG, Edzard, “Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei”, en: *NJW* (1989), pp. 129-.

SCHMITT, Rudolf, “Das Strafverfahren zweiter Klasse”, en: *ZStW* (1977), pp. 639-.

SCHÖCH, Heinz, “Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren”, en: *NStZ* (1984), pp. 385-.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor; EISELE, Jörg, *Strafgesetzbuch*, 28ª edición, München 2010.

SCHOREIT, Armin; SCHOREIT, *Karlsruher Kommentar. Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz*, 6^a edición, München, 2008.

- “Bemerkungen zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts (StVÄG 1988)”, en: *DRiZ* (1989), pp. 259-.

SCHOREIT, Armin; ARZT, Gunther, *Problem Ladendiebstahl: moderner Selbstbedienungverkauf aund Kriminalität*, Heidelberg, 1979.

SCHRÖDER, Rainer, *Rechtsgeschichte*, 5^a edición, Münster, 2000.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Strafprozeßrecht*, München, 1993.

- “Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute”, en: *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 411-.

SCHROEDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz (Eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972.

SCHUBERT, Werner, *Die deutsche Gerichtverfassung (1869-1877); Entstehung und Quellen*, Frankfurt am Main, 1981.

SCHULENBERG, Johanna, “Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren”, en: *JuS* (2004), pp. 765-.

SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst, “Ein Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung? Zum Alternativ-Entwurf ‘Novelle zur Strafprozeßordnung’”, en: *NStZ* (1982), pp. 305-.

SCHULTZ, Hans, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts; ein Grundriss*, Tomo I, Bern, 1973.

SCHUMACHER, Ulrich, *Kontinuität und Diskontinuität im Strafverfahrensrecht. Untersucht anhand der Entwicklung der Kompetenzverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Strafgerichtsbarkeit*, Köln, 1987.

- *Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich: zur Veränderung der Kompetenzverteilung im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Entwicklung in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik*, Köln, 1985.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Wohin treibt der deutsche Strafprozess?”, en: *ZStW* (2002), pp. 1-.

SCHÜRER, Karl Heinz, *Die Entwicklung des Legalitätsprinzips seit der Emmingerschen Verordnung*, Hamburg, 1965.

SCHUSTER, Rudolf; LIEBIG, Werner, *Alle deutschen Verfassungen: von der Paulskirchenverfassung bis zum Grundgesetz und den DDR-Verfassungen; die Verfassungen der deutschen Bundesländer*, München, 1985.

SCHUTH, Ulrich, *Die Einstellung unter Auflagen im System der Verfahrensvorschriften des Sanktionsrechtes*, Gießen, 1979.

SCHWARZE, Friedrich Oskar von, *Commentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung und zu den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes*, Leipzig, 1878.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, 2004.

SIEGISMUND, Eberhard; WICKERN, Thomas, “Das Gesetz zur Entlastung der Rechtsplegeein Überblick über die Änderungen der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, des Jugendgerichtsgesetzes und des Strafgesetzbuches”, en: *Wistra* (1993), pp. 81-.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Primera lección de derecho penal”, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 61-.

- *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.
- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición reimpressa, Buenos Aires, 2006.
- “Eficiencia y Derecho Penal”, en: *ADPCP* Tomo 49 (1996), pp. 93-.

SOYER, Jean-Claude, *Droit pénal et procédure pénale*, 11ª edición, 1994.

SPECKERT, Xaver, *Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip*, Zürich, 1951.

SPENDEL, Günter, “Die Idee der Verteidigung”, en: *Festschrift für Günter Kohlmann*, Köln, 2003, pp. 683-.

SPRACK, John, *A practical approach to criminal procedure*, 13ª edición, Oxford, 2011.

SPRENGER, Wolfgang; FISCHER, Thomas, “Verbesserte Verfolgung des Ladensdiebstahls-Eine Zwischenbilanz des sächsischen Verfahrensmodells”, en: *ZRP* (2001), pp. 241-.

- “Verbesserte Verfolgung des Ladensdiebstahls-Sächsisches Alternativmodell zum ‘Strafgeld’”, en: *DRiZ* (2000), pp. 111-.

STADE, MONIKA, *Die Stellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren*, Göttingen, 1997.

STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard, *Procédure pénale*, 22ª edición, Paris, 2010.

STEIN, Wolfgang, “Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip-Überlegungen zur geringen Akzeptanz des Täter-Opfer-Ausgleichs für Erwachsene in der Praxis”, en: *NStZ* (2000), pp. 393-.

STENGLEIN, Melchior, *Die Strafprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877 ; nebst dem Gerichtsverfassungs-Gesetz vom 27. Januar 1877 und den Einführungsgesetzen zu beiden Gesetzenerl. von M. Stenglein*, 2ª edición actualizada y revisada, Nördlingen, 1889.

STÖLZEL, Adolf, *Brandenburg-Prusias Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung: dargestellt im Wirken seiner Landesfürsten und obersten Justizbeamten*, Tomo I y II, Berlin, 1888.

STRATENWERTH, Günter *Derecho penal. Parte general*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti, Navarra, 2005.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar, *Die Straftat. Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Köln, 2004.

STRATENWERTH, Günter, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, 1974.

STREE, Walter (Ed.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978.

STREE, Walter, *Deliktsfolgen und Grundgesetz, Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen*, Tübingen, 1960.

SUNDELIN, Paul, *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland. Ihre jetzige Gestalt in den deutschen Gesetzen, ihre Prinzipien und Bedürfnissfragen*, 1860.

TAK, Peter J.P., “Das Ermittlungsverfahren in den Niederlanden”, en: *ZSAW* (2000), pp. 170-.

- TAK, Peter J.P. (Ed.), *Tasks and Powers of the Prosecution services in the EU Member States*, Nijmegen, Volume I 2004, Volume II, 2005.
- TERBACH, Mathias, “Rechtsschutz gegen die staatsanwaltliche Zustimmungsverweigerung zur Verfahrenseinstellung nach §§ 153 II, 153a StPO”, en: *NStZ* (1988), pp. 172-.
- TIEDEMANN, Klaus, “Die Auslegung des Strafprozessrechts”, en: *Festgabe für Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984, pp. 142-.
- “Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Aufgabe der Gesetzgebung”, en: *GA* (1974), pp. 1-.
 - “Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung”, en: *ZStW* 88 (1976), pp. 231-.
- TINOCO PASTRANA, Ángel, *Fundamentos del sistema judicial penal en el common law*, Sevilla, 2001.
- “Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal”, en: *CPC* 63 (1997), pp. 711-.
- TINSCH, Heinrich, *Die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsstrafprozessrecht*, Erlangen, 1883.
- “Beiträge zur fünftigen Strafprozessordnung für Prusia”, en: *GA* (1854), Tomo. 2, pp. 23-.
- TOEPEL, Friedrich, *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises, im Strafprozessrecht*, Tübingen, 2002.
- TONINI, Paolo, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 6ª edición, Milán, 2008.
- VAN DIJK, Jan, *Some characteristics of the sentencing process*, The Hague, 1980.
- VAN DIJK, Jan, *The use of guidelines by prosecution in the Netherlands*, The Hague, 1983.
- VÁSQUEZ RIVERA, Juan Carlos/MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, *Principio de oportunidad. Reflexiones jurídico-políticas*, Medellín, 2010.

- VASQUEZ SOTELO, José Luis, “Discrecionalidad y derecho procesal”, en: *Justicia* (1995), N° III-IV, pp. 51-.
- VERHANDLUNGEN des 1. Juristentages (1860), Herausgeben von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Berlin, 1860.
- VERHANDLUNGEN des 12. Juristentages: Band 3. Herausgeben von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Berlin, 1872
- VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “Principios rectores del proceso penal y sobreseimiento”, en: *Revista VLEX.com* (2012), pp. 1-.
- VOGEL, Joachim, “Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens”, en: *JZ* (2004), pp. 827-.
- VOGLER, Richard, “Konsensuale Elemente im Strafprozess in England und Wales sowie in den USA”, en: *ZStW 116* (2004), p. 129-.
- VOGLER, Theo, “Möglichkeiten und Wege einer Enkriminalisierung”, en: *ZStW* (1978), pp. 132-.
- VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, 7^a edición, München, 2010.
- BAR, Ludwig von, “Die projektierte Reform des italienischen Strafprozesses”, en: *GA* (1901), pp. 38-.
- VORDERMAYER, Helmut; HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, *Handbuch für den Staatsanwalt*, 3^a edición, Köln, 2008.
- VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, 2009.
- *Die Sozialdemokratie und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches: Quellen aus der Sozialdemokratischen Partei und Presse*, 2^a edición, Baden-Baden, 1997.
 - *Die Lez Emminger vom 4. Januar 1924: Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen: ein Beitrag zur deutschen Strafrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, Berlin, 1988.
- VOSS, Michael, “Über das keineswegs zufällige Zusammentreffen von Gefängnisausbau und der Einrichtung ambulanter Alternativen”, en: Kerner, Kans-Jürgen (Ed.), *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Heidelberg, 1983, pp. 95-

- VULTEJUS, Ulrich, “Legalitäts-und Opportunitätsprinzip”, en: *ZRP* 4 (1999), pp. 135-.
- WAGNER, Walter, “Zum Legalitätsprinzip. Eine Studie”, en: *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, Karlsruhe, 1964, pp. 149-.
- WALTER, Michael, “Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität”, en: *ZStW* (1983), pp. 32-.
- WASSERBURG, Klaus u.a. (Eds.), *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren: Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, 1984.
- WEBER, Max, *Economy and Society*, California, 1978.
- WEIGEND, Thomas, “Das ‘Opportunitätsprinzip’ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz”, en: *ZStW* (1997), pp. 103-.
- “Die Reform des Strafverfahrens, Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme”, en: *ZStW* (1992), pp. 486-.
 - *Anklagepflicht und Ermessen: die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden-Baden, 1978.
- WELP, Jürgen, *Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft*, Tübingen, 1976.
- WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª edición, Berlin, 1969.
- “Persönlichkeit und Schuld”, en: *ZStW* 60 (1941), pp. 428-.
- WERNER, Karin, *Der Einfluss des Verletzten auf die Verfahreneinstellungen der Staatsanwaltschaft*, Göttingen, 1986.
- WERNER, Schubert; REGGE, Jürgen, *Entstehung und Quellen der Strafprozessordnung von 1877*, Frankfurt am Main, 1989.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 39ª edición, Heidelberg, 2009.
- WEßLAU, Edda, “‘Strafgeld’ und kein Ende-ein Kommentar zum Sächsischen Verfahrensmodell”, en: *DRiZ* (2000), pp. 118-.
- “Ahndungskompetenzen für die Polizei? – ‘Strafgeld’ auf dem Prüfstand”, en: *DRiZ* (1999), pp. 225-.

WINFIELD, Percy H., *The chief sources of English legal history*, Cambridge, 1925.

WOHLERS, Wolfgang, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft: ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens*, Berlin, 1994.

WOLDENBERG, Andrea van den, *Diversión im Spannungsfeld zwischen "Betreuungsjustiz" und Rechtsstaatlichkeit*, Frankfurt am Main, 1993.

WOLF, Erik, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4ª edición, Tübingen, 1963.

WOLF, Ernst, "Das Wesen des gerichtlichen Urteils", en: *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, München, 1980, p. 221-.

WOLF-DIETRICH, Brodag, *Strafverfahrensrecht für Schulung und Praxis: Kurzlehrbuch zum Ermittlungsverfahren der Strafprozessordnung*, 11ª edición actualizada y extendida, Stuttgart, 2005.

WOLTER, Jürgen, "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", en: *El Sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, (Iuscrim Barcelona, ed. española), Madrid, 2004, pp. 31-.

- "Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999.
- "Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK-StPO)",- en: *Zusammenarbeit mit Rudolphi*, Frisch, Paeffgen, Rogall, Schlüchter-Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel/Berlin, 4. Lieferung: Vorbemerkungen vor § 151 StPO, 1996.
- "Jürgen Informelle Erledigungsarten und summarische Verfahren bei geringfügiger und minderschwerer Kriminalität. -Ein Beitrag zur Gesamtreform des Strafverfahrens mit Gesetzesvorschlägen", en: *GA* (1989), pp. 397-.

BIBLIOGRAFÍA

- “Strafverfahrensrecht und Strafprozeßreform”, en: *GA* (1985), p. 49-.

ZACHARIÄ, Heinrich Albert, *Deutsches Staats und Bundesrecht*, Göttingen, 1865-1867.

- *Handbuch des deutschen Strafprocesses, Tomos 1 (1861) y 2 (1868)*, Göttingen.
- *Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, Göttingen, 1853.
- *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips*, Göttingen, 1846.
- *Die Gebrechen und die Reform des deutsches Strafverfahrens*, Göttingen, 1846.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, 2000.

ZÍPF, Heinz, *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*, 2ª edición revisada y actualizada, Heidelberg, 1980.

- *Strafprozeßrecht*, 2ª edición, Berlin, 1977.
- *Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973.
- “Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip”, en: *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, pp. 487-.

Otros documentos bibliográficos:

Jurisprudencia

BayVerfGH, *NJW* 83, p. 1600.

BGH, *NJW* (1976), p. 2355.

BGH, *NStZ* (1983), p. 217.

BGH, *NStZ* (1984), p. 20.

BGH, *NStZ* (1988), p.86.

BGH, *NJW* (1996), p. 2379.

- BGH NStZ (1997), p. 543.
- BGH St. 2, 200.
- BGH 10, 259.
- BGHSt 13, 190 (191).
- BGHSt. 15, 155m 159.
- BGHSt 23, 163 y ss.
- BGHSt 27, 2,4.
- BGHSt 27, 274 (275).
- BVerfG NJW 1994, pp. 1577, 1583, 1584.
- BVerfG, JZ (1998), 565 (567).
- BVerfG NJW 2001, 1123.
- BVerfG NStZ 2002, 211.
- BVerfGE 3, 225 y ss., (247).
- BVerfGE 7, 183 y ss., (188).
- BVerfGE 8, 197 (20); 22, 49 (81).
- BVerfGE 9, 169; 20, 331; 23, 132; 25, 285; 41, 125; 45, 259; 50, 133.
- BVerfGE 12, 264 (274).
- BVerfGE 20, 331.
- BVerfGE 22, 49 (73), (80); 22, 125 (131); 22, 254 (265); 22, 311 (317).
- BVerfGE 25, 269 (285).
- BVerfGE 27, 18, 30, 33.
- BGHSt 28, 176.
- BVerfGE 32, 216.
- BVerfGE 34, 52 y ss. (59).

- BVerfGE 82, 106, en *NJW* (1990), 2741.
- BVerfGE 90, 145, 190, 191.
- LG Bonn, *NJW* (2001), 1736 y ss.
- LG Stuttgart *NJW* 80, 1009.
- OLG Saarbrücken VRS 46, 205, 206.
- OLG Frankfurt a.M., *NStZ* 1998, p. 52.
- Anlage A zu den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgelverfahren, 1 de enero de 1977
- Bluesheet of Plea Bargaining. Department of Justice Policies. June 1994. *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 6, No. 6, May/June, 1994.
- Borrador I. St VRG, BR-Drucksache 208/72.
- Bundestags-Drucksache VI/3250.
- Bundestags-Drucksache VI/550, 551.
- Bundestags-Drucksache VII/1261.
- Declaraciones al II segundo informe escrito del 2. StRG BT Drucksache V/4095.
- European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, 2014.
- Gerichtsverfassungsgesetz I Bundesgesetzblatt 1077.
- <http://rhein-zeitung.de/on/98/08/05/topnews/smakers.html>
- http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/_html/-25k
- Preußisches Justizministerium, Justiz-Ministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, Berlin, 1839-1933.
- Primer informe de la comisión especial, BT Drucksache VII/1261.
- Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses 1. Erste Lesung Berlin 1905.
- Protokolle I 1905 und Prot II 1905. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses / hrsg. vom Reichs-Justizamte, Berlin 1905.
- Proyecto StGB 1919.
- Proyecto StGB de 1911.
- Proyecto StPO 1908.

Proyecto StPO I 1909 y II, 1909.

Reichs-Justizamte, *Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses*, Berlin, 1905.

Recomendación No. R(87) 18 of The Committee of Ministers to Member States concerning The Simplification of Criminal Justice (Adopted by the Committee of Ministers on 7 September 1987 at the 40th meeting of the Ministers' Deputies).

Reichsjustizminister Emminger, Verhandlungen des Reichstags, Band 361.

Space I.: Council of Europe Annual Penal Statistics. Survey 2009.

Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick, 2011.

Directrices de los Estados federados alemanes:

Brandenburg: Beschleunigte Erledigung von Strafverfahren im Bereich der geringfügigen und mittleren Kriminalität; Täter-Opfer-Ausgleich; Allgemeine Verfügung des Ministers der Justiz und für Europaangelegenheiten Vom 24. August 2000.

Bremen: Der Generalstaatsanwalt 4111/1-95/98-V., 15. Oktober 1998. Richtlinien zur Anwendung der §§ 153, 153 a., 376 StPO.

Hamburg: Sammlung: Einstellung nach §§ 153, 153a StPO. Betr.: Einstellung nach §§ 153, 153a StPO.

Niedersachsen: Hinweise der Nds. Generalstaatsanwälte zur Anwendung der §§153, 153 a., 376 StPO. § 232 StGB.

Nordrhein-Westfalen: Einstellung von Ermittlungsverfahren nach §153 Abs. 1, § 153 a Abs. 1 StPO. RV d. JM vom 2 Dezember 1985 (4100 - 111 A. 133).

Rheinland-Pfalz: Gemeinsame Richtlinien des Generalstaatsanwalts in Koblenz und der Generalstaatsanwältin in Zweibrücken vom 01.12.1993 (4111 -1/92). Einstellung von Ermittlungsverfahren nach §§153 Abs. 153 a Abs. 1 StPO.

Sachsen-Anhalt: Richtlinien für die Bearbeitung von Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Verkehrsstraftaten. AV des MJ vom 26.2.1996-4100-301.1.

Schleswig-Holstein: Der Generalstaatsanwalt Schleswig, 24. Januar 1990 - 410 -673. Betrifft: Behandlung von Kleinkriminalität bei Erwachsenen.

Thüringen: Rundverfügung. Hinweise auf die Einstellung von Ermittlungsverfahren aus Gründen der Opportunität-ausser Verkehrssachen-gemäss §§153, 153 a StPO.

Directrices de los Estados federados alemanes

Brandenburg: Beschleunigte Erledigung von Strafverfahren im Bereich der geringfügigen und mittleren Kriminalität; Täter – Opfer – Ausgleich; Allgemeine Verfügung des Ministers der Justiz und für Europaangelegenheiten Vom 24. August 2000.

Bremen: Der Generalstaatsanwalt 4111/1-95/98-V., 15. Oktober 1998. Richtlinien zur Anwendung der §§ 153, 153 a., 376 StPO.

Hamburg: Sammlung.: Einstellung nach §§ 153, 153a StPO.Betr.: Einstellung nach §§ 153. 153a StPO.

Niedersachsen: Hinweise der Nds. Generalstaatsanwälte zur Anwendung der §§153, 153 a, 376 StPO. § 232 StGB.

Nordrhein – Westfalen: Einstellung von Ermittlungsverfahren nach §153 Abs. 1, § 153 a Abs. 1 StPO. RV d. JM vom 2 Dezember 1985 (4100 -111 A. 133)

Rheinland-Pfalz: Gemeinsame Richtlinien des Generalstaatsanwalts in Koblenz und der Generalstaatsanwältin in Zweibrücken vom 01.12.1993 (4111 -1/92). Einstellung von Ermittlungsverfahren nach §§153 Abs. 153 a Abs. 1 StPO.

Sachsen-Anhalt: Richtlinien für die Bearbeitung von Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Verkehrsstraftaten. AV des MJ vom 26.2.1996 -4100-301.1.

Schleswig-Holstein: Der Generalstaatsanwalt Schleswig, 24. Januar 1990 -410 -673. Betrifft: Behandlung von Kleinkriminalität bei Erwachsenen.

Thüringen: Rundverfügung. Hinweise auf die Einstellung von Ermittlungsverfahren aus Gründen der Opportunität – ausser Verkehrssachen – gemäss §§153, 153 a StPO.

ANEXO

Apéndice 1

Proyectos y artículos de la legislación alemana.

Beschluß 119 zu §152 StPO Prot 11 1905, p. 459:

Es soll bestimmt werden, daß die Staatsanwaltschaft bei Übertretungen und, im Falle des Einverständnisses des Verletzten, auch bei den von Personen unter 14 Jahren begangenen Verbrechen und Vergehen von der Strafverfolgung absehen darf, wenn diese nicht im öffentlichen Interesse liegt.

§ 154 E StPO 1908:

In Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, kann die StA von jedem Einschreiten absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse nicht geboten erscheint.

Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der StA das Verfahren einstellen.

§ 83 VE StGB 1909

In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde.

§ 153 E StPO I und II 1909:

In Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, kann die Staatsanwaltschaft von Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfolgung des verdächtigen wegen Geringfügigkeit der Verfolgung nicht geboten erscheint.

Wird die Verfolgung von Verletzten beantragt, so darf der Antrag nur abgelehnt werden, weil die tatsächlichen Unterlagen nicht ausreichen.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der StA das Verfahren einstellen, war die Verfolgung vom Verletzten beantragt, bedarf es seiner Zustimmung.

§155 a (Kommissionsbericht von 1911)

Bei Übertretungen kann die StA von Erhebung der Klage absehen, wenn die Verfehlung wegen des Grades der Verschuldung und der Folgen der Tat geringfügig ist. Sieht sie von Erhebung der Klage ab, so hat sie den zu benachrichtigen, der die Tat angezeigt hat.

Wird die Verfolgung von einer Person beantragt, die daran ein berechtigtes Interesse hat, so darf Antrag nur abgelehnt werden, weil die tatsächlichen Unterlagen nicht ausreichen.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht Antrag der StA das Verfahren einstellen; war die Verfolgung von einer Person beantragt, die daran ein berechtigtes Interesse hat, so ist deren Zustimmung erforderlich.

§88 Gesetzentwurf StGB 1911

In besonders leichten Fällen kann das Gericht die Strafe innerhalb der gesetzlichen Strafgrenzen nach freiem Ermessen

mildern, an Stelle der angedrohten Strafart auf eine mildere, insbesondere auf Verweis § 67 erkennen und; wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so dass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde.

§152 a des Gesetzes zur Vereinfachung der Rechtspflege 1917.

Die Staatsanwaltschaft kann

bei Übertretungen,

bei Vergehen, die nur mit Gefängnis von höchstens drei Monaten oder Geldstrafe von höchstens sechshundert Mark, allein oder neben Haft oder in Verbindung miteinander oder mit Einziehung bedroht sind,

bei den Vergehen des Diebstahls, der Unterschlagung und des Betruges in den Fällen der §§242, 246, 263 des Strafgesetzbuches, soweit es sich um einen Gegenstand im Werte von höchstens fünf und zwanzig Mark handelt,

bei den Vergehen der Begünstigung und bei Vergehen der Hehlerei in den Fällen des §258 Nr. 1 und des §259 des Strafgesetzbuches, wenn sich die Begünstigung oder die Hehlerei auf eine der in Nr 1, 2 oder 3 bezeichneten strafbaren Handlungen bezieht, von Erhebung der Klage absehen, wenn eine Bestrafung nicht geboten erscheint, weil das Verschulden des Täters und die Folgen der Tat geringfügig sind. Sieht sie von Erhebung der Klage ab, so hat sie den zu benachrichtigen, der die Tat angezeigt hat.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der StA das Verfahren einstellen. War die Verfolgung vom Verletzten beantragt, so ist dieser vor der Einstellung des Verfahrens zu hören. Der Einstellungsbeschluss ist unanfechtbar.

§ 116 E StGB 1919

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn der verbrecherische Wille des Täters gering und nach den Umständen entschuldbar ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, so dass selbst die vom Gesetz bei milderer Umständen angedrohte Strafe noch eine unbillige Härte bedeuten würde. Nimmt das Gericht einen besonders leichten Fall an, so mildert es diese Strafe nach freiem Ermessen; wo es zugelassen ist, kann das Gericht auch von Strafe absehen.

§177 EStPO 1920

Wegen einer Übertretung wird keine Öffentliche Anklage erhoben, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind.

Ist gleichwohl die öffentliche Klage erhoben, so stellt das Gericht das Verfahren ein, gegen den Beschluss steht der StA sofortige Beschwerde zu. Ist der Beschluss nicht mehr anfechtbar, so benachrichtigt das Gericht den Anzeigenden.

§75 Radbruchs Entwurf eines StGB 1922

In besonders leichten Fällen mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen. Wo es zugelassen ist, kann das Gericht von Strafe absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde.

Antrag Schiffer zur Vereinfachung des Rechtswesens 1923 Wort S. 29,30:

Bei Übertretungen findet Strafverfolgung nur statt, soweit ein öffentliches Interesse vorliegt.

Beim Fehlen eines öffentlichen Interesses kann das Gericht die Strafverfolgung wegen Übertretung und Vergehen auf Antrag der einstellen.

Die Emminger - Verorddung 1924

"1. Übertretungen werden nicht verfolgt, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend *sind*, es sei denn, dass ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht.

2. Ist bei einem Vergehen die Schuld des Täters gering und sind die Folgen der Tat unbedeutend, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen.

3. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; der Beschluss kann nicht angefochten werden.

4. Die Vorschriften der Abs. 2,3 gelten nicht für militärische Vergehen.

E StGB 1925 § 75:

In besonders leichten Fällen mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen. Wo es zugelassen ist, kann das Gericht von Strafe absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste Strafe noch unbillig hart sein würde.

Entwürfe eines StGB 1927 + 1930 § 76 E StGB 1927, 1930:

Wann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen kann, bestimmt das Gesetz besonders.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Schuld des Täters so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, dass kein Bedürfnis für eine Bestrafung besteht.

§153 StPO und EGStGB 1929:

Übertretungen werden nur dann verfolgt, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt.

Bei einem Vergehen kann die StA mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, sofern der Verletzte, dem Gelegenheit zur Ausserung zu geben ist, nicht ausdrücklich widerspricht. Liegt ein besonders leichter Fall vor, in dem das Gericht von Strafe absehen kann, so genügt die Zustimmung des Amtsrichters.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der StA das Verfahren einstellen, sofern der Verletzte, dem Gelegenheit zur Ausserung zu geben ist, nicht ausdrücklich widerspricht. Liegt eine Übertretung oder bei einem Vergehen ein besonders leichter Fall vor, in dem das Gericht von Strafe absehen kann, so genügt die Zustimmung der StA. Erfolgt die Einstellung in der Hauptverhandlung, so bedarf es der Anhörung des Verletzten nur, wenn er erschienen ist oder keine Nachricht von dem Termin der Hauptverhandlung hatte. Der Beschluss kann nicht angefochten werden.

Notverordnung vom 06.10.1931:

Übertretungen werden nur verfolgt, wenn es das öffentliche Interesse erfordert.

Nach Erhebung der Klage kann das Gericht mit Zustimmung der StA das Verfahren wegen einer Übertretung einstellen, wenn das öffentliche Interesse die Verfolgung nicht erfordert.

Modificaciones en tiempos del NS

§26 E StPO 1936:

Von der Verfolgung einer Tat, die nur mit Gefängnis oder einer leichteren Strafe bedroht ist, kann der StA absehen, wenn die Schuld des Täters gering und nicht seine Verfolgung vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus geboten ist.

§12 E StPO 1937:

Ist die Schuld des Täters gering und würde der Richter voraussichtlich von Strafe absehen oder höchstens auf Gefängnis, Festungshaft oder Haft von einem Monat oder Geldstrafe von dreissig Tagesbussen, allein oder nebeneinander, erkennen, so kann der Staatsanwalt von der Verfolgung absehen, wenn sie nicht zur Sühne oder zum Schutz der Volksgemeinschaft geboten ist.

§15 E StPO 1939:

Der Staatsanwalt kann von der Verfolgung einer Tat absehen, wenn sie nicht zum Schutz des Volkes oder zur Sühne der Tat geboten und wenn die Schuld des Täters so gering ist, dass voraussichtlich von Strafe abgesehen oder höchstens auf Gefängnis, Festungshaft oder Haft von einem Monat, Geldstrafe von dreissig Tagesbussen, Verfallerklärung mit Strafvorbehalt, allein oder nebeneinander oder neben Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung erkannt würde.

Vereinfachung der Rechtspflege 1942:

§2 Lockerung des Verfolgungszwanges und Beseitigung der Anklageerzwingung:

§153 Reichsstrafprozessordnung erhält folgenden Abs.3. Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eines

Beteiligten eintritt, kann der StA, auch wenn der Strafantrag gestellt ist, von der Verfolgung absehen, wenn ein Öffentliches Interesse an der Strafverfolgung nicht besteht.

In §153 II der Reichsstrafverordnung werden die Worte „mit Zustimmung des Amtsrichters“ gestrichen.

Die §§ 172 bis 177, §395 Abs. 2 und §472 der Reichsstrafprozessordnung über die Anklageerzwingung werden gestrichen.

Art. 2 §8 I I I der.4. VO zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 13.12.44:

§ 8:

Der StA kann von der Erhebung der Öffentlichen Klage absehen, wenn die Verfolgung im Kriege zum des Volkes nicht erforderlich ist.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung des Staatsanwalts das Verfahren einstellen, der Beschluss ist unanfechtbar.

Das Absehen von der Klageerhebung und die Einstellung des Verfahrens können von der Erfüllung bestimmter Auflagen abhängig gemacht werden.

Art. 3 Nr 62 und 63 des Vereinheitlichungsgesetzes von 1950 RGB1 S. 455 (486):

Nr.62:

In § 153 II bleiben die Worte „mit Zustimmung des Amtsrichters“ eingefügt.

Nr 63:

§153 a erhält folgende Fassung:

„Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat absehen,

Die ein deutscher Staatsangehöriger im Ausland begangen hat,
die ein Ausländer im Ausland oder die er im Inland auf einem ausländischen Schiff oder Luftfahrzeug begangen hat,

wenn wegen der Tat im Ausland schon eine Strafe gegen den Beschuldigten vollstreckt worden ist und die im Inland zu erwartende Strafe nach Anrechnung der ausländischen nicht ins Gewicht fiel.“

Strafrechtsänderungsgeetz vom 04.08.1953:

Nr. 21:

In § 153 Abs. 3 und in § 154 II sind nach dem Wort „Verfahren,“ die Worte „in jeder Lage“ einzufügen.

Änderung der Strafprozessordnung 1964 Art. 10 Nr. 3:

§153 Wird wie folgt geändert:

In Abs. 1 werden die Werte „und die Folgen der Tat unbedeutend sind“ gestrichen.

Absätze 2 und 3 erhalten folgende Fassung:

2. Ist bei einem Vergehen die Schuld des Täters gering und besteht kein öffentliches Interesse an der Verfolgung, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts das Verfahren einstellen.

3. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach Anhörung des Angeschuldigten das Verfahren in jeder Lage einstellen, der Beschluss kann nicht angefochten werden.“

Änderung 1974 (BGB1 508, 509).

Nr. 44:

§153 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

§153

Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein Öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung der Gerichts bedarf es nicht bei einem Vergehen, das gegen fremdes Vermögen gerichtet und nicht mit einer im Mindestmass erhöhten Strafe bedroht ist, wenn der durch die Tat verursachte Schaden gering ist.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Abs. 1 mit Zustimmung der StA und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in §205 angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des §231 II und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

§153a

Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die StA bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten auferlegen,

Zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Leistung zu erbringen,

einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen,

sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen oder

Unterhaltungspflichten in einer bestimmten Höhe nachzukommen,

wenn diese Auflagen und Weisungen geeignet sind, bei geringer Schuld das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen setzt die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine Frist, die in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 bis 3 höchstens sechs Monate, in den Fällen des Satzes 1 Nr. 4 höchstens ein Jahr beträgt. Die Staatsanwaltschaft kann Auflagen und Weisungen nachträglich aufheben und die Frist einmal für die Dauer von drei Monaten verlängern; mit Zustimmung des Beschuldigten kann sie auch Auflagen und Weisungen nachträglich auferlegen und ändern. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, so kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen nicht, so werden Leistungen, die er zu ihrer Erfüllung erbracht hat, nicht erstattet. § 153 Abs. 1 S. 2 gilt entsprechend.

Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können, vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in Abs. 1 S. 1 bezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen.

Abs. 1 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend. Die Entscheidung nach Satz 1. Ergeht durch Beschluss. Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

Während des Laufes der für die Erfüllung der Auflagen und Weisungen gesetzten Frist ruht die Verjährung.