

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROCESO PENAL*

*Gerardo Barbosa Castillo***

Para desarrollar el tema que se me ha encomendado en estas Jornadas Internacionales, me propongo seguir el siguiente esquema básico:

- i. Algunas precisiones conceptuales; ii. Principio de legalidad en el proceso penal; iii. Incidencia de la legalidad sustancial en el proceso penal, y iv. Repercusiones del principio de legalidad en la función jurisdiccional penal.

I. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

El principio de legalidad penal, lo advierte WELZEL¹, no es un legado del derecho romano y sus instituciones; ni siquiera hace parte de la tradición jurídica germana antigua. Lo que genéricamente denominamos principio de legalidad es producto de la Ilustración, convertido, o mejor, reducido a un aforismo latino por FEUERBACH, en su tratado de 1801. Se trata, por lo tanto, de un postulado de origen político más que jurídico, o, sin eufemismos, de una de las conquistas del pensamiento liberal², que vino a concretarse en contenidos jurídicos.

* Versión resumida de la conferencia en las XVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

** Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia.

1 HANS WELZEL. *Derecho penal alemán*, JUAN BUSTOS RAMÍREZ y JUAN YÁÑEZ PÉREZ (trads.), Santiago, Jurídica de Chile, 1993, p. 23.

2 CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, DIEGO MANUEL LUZÓN P. et ál. (trads.), Madrid, Civitas, 1997, p. 142.

Como todo principio, el de legalidad reviste unos contornos un tanto difusos. Desde el punto de vista político, constituye la reacción liberal contra la arbitrariedad y el abuso del poder, de allí que se extienda a muchos contextos de la vida en comunidad y no se limite exclusivamente a las circunstancias que ameriten la eventual imposición de una pena³. En palabras de RUIZ VADILLO, “El principio de legalidad garantiza, entre otras cosas, la defensibilidad del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos”⁴.

Cómo reaccionar efectivamente contra la arbitrariedad es un problema, entre otras cosas, de instrumentalización jurídica. En otras palabras, si de lo que se trata es de impedir la arbitrariedad de los detentadores del poder, las alternativas pueden ser varias. En la época de la Ilustración se pensó que uno de los mejores instrumentos era supeditar el ejercicio del poder a un ordenamiento de derecho positivo, lo que supone una reconsideración integral del mundo político, de las estructuras sociales, de las concepciones jurídicas, etc. La configuración jurídica del principio de legalidad no parece ser, por lo tanto, un punto de partida, sino una consecuencia de una serie de postulados de los que, por razones prácticas, no es pertinente ocuparse en este momento.

La referencia al origen de lo que hoy se conoce en el mundo occidental como principio de legalidad no es, en este caso, una protocolaria reseña histórica. Los contenidos, alcances y consecuencias del principio de legalidad penal no pueden apreciarse en su verdadera dimensión si se le reduce al aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, extendido en materia procesal a *nullum iudex, nullum iudictio sine lege*. Esta consideración cobra particular importancia cuando lo que se aborda es el estudio del principio de legalidad en sus manifestaciones procesales, dado que el proceso penal, en estricto sentido, es una de tantas manifestaciones de poder político.

Si un Estado incorpora en su ordenamiento el principio de legalidad penal, por lo menos en apariencia está significando mucho más que un compromiso de abstenerse de sancionar a alguien si no existe previa descripción en la ley positiva del comportamiento reprochable, y previa determinación, también en la ley de origen democrático, de la pena imponible. Ese Estado en realidad está acogiendo, al menos en parte, la solución liberal a la arbitrariedad y al abuso del poder; está reconociendo el carácter intangible de algunos derechos individuales; se está inclinando por un determinado sistema jurídico y está admitiendo, incluso, un modelo específico de fuentes de derecho, etc.

3 CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 358.

4 ENRIQUE RUIZ VADILLO. *Estudios de derecho procesal penal*, Granada, Comares, 1995, p. 133.

El principio de legalidad referido al proceso penal no debería, por lo tanto, ser analizado por fuera del contexto político. Si el pensamiento liberal de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX inspiró en sus orígenes el principio de legalidad, su comprensión contemporánea exige no perder de vista la evolución del pensamiento liberal y el desarrollo de los modelos de Estado de derecho. Existe, en efecto, una evolución que comprende, además de las circunstancias históricas, los modelos políticos y la teoría jurídica, lo cual conduce a cuestionar si lo que en sus orígenes se entendió como principio de legalidad es lo mismo que hoy en día se entiende y aplica como tal.

De hecho, una de las principales características que se atribuyen al principio de legalidad, esto es, la seguridad jurídica derivada de la exigencia de una descripción inequívoca y exhaustiva de los comportamientos susceptibles de reproche penal, está seriamente cuestionada desde hace años por muchos autores⁵. Como se recordará, en su momento se creyó, con algo de ingenuidad, que las normas penales podían redactarse con tal nivel de precisión que el juez solo debía adecuar los hechos a la norma acertada –subsunción normativa– sin que le fuera permitido realizar interpretaciones de ninguna naturaleza. La historia ha demostrado que esta ilusa pretensión riñe con la lógica de las estructuras lingüísticas, razón por la cual es inevitable, además de indiscutible, que el juez al momento de aplicación de la norma, procesal o sustancial, realice un proceso de determinación de sentido, valga decir, manifieste qué es lo que para el caso concreto se entiende que dice la norma⁶.

Esto también supone que se superen los criterios radicales sobre separación de poderes públicos, propios del momento del surgimiento del Estado de derecho y de las ideas políticas que lo inspiraron. También la historia se ha encargado de evidenciar que una separación radical es imposible, y hoy en día se ha generalizado la idea de que las funciones naturales de cada rama del poder público es apenas un ideal que, por lo tanto, admite excepciones. Por eso cada vez se admite con menos resistencia que las interpretaciones de los jueces tengan un espectro más amplio y que con ellas se “invada” en apariencia la órbita del legislador natural.

En suma, en el desarrollo de este texto se entenderá que el principio de legalidad existe y cuenta con fuerza normativa, pero su contenido y consecuencias no se acogerán conforme al sentido que se le otorgó a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, sino conforme a la evolución que ha operado desde entonces, especialmente en la teoría política y en la teoría jurídica.

5 En Alemania, por ejemplo, son característicos los planteamientos en este sentido de A. KAUFMANN, W. HASSEMER, SCHIMIDHÄUSER e incluso G. JAKOBS. En sentido contrario C. ROXIN, SCHÜNEMANN, etc.

6 PABLO NAVARRO plantea, además, la necesidad de distinguir entre los problemas de alcance de una norma y aquellos referidos a su fuerza institucional. Sobre el particular cfr. PABLO NAVARRO. “Acercas del razonamiento jurídico”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 2000.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO PENAL

El principio de legalidad puede manifestarse en el proceso penal no solo desde una óptica estrictamente formal, esto es, legalidad del procedimiento y legalidad del tribunal, sino desde perspectivas materiales. El Estado, a través de su órgano judicial, debe valorar las conductas de sus habitantes conforme a pautas sustanciales y adjetivas predeterminadas en la ley.

Sin embargo, la distinción entre lo sustancial o material y lo adjetivo o formal ha venido difuminándose con el tiempo. Claro, hay aspectos que intuitivamente revisten en apariencia uno u otro carácter. La competencia parece ser un aspecto estrictamente formal. Ritos como un traslado procesal parecen ser característicamente formales. Pero en el fondo, toda formalidad debiera estar concebida con propósitos que tienen efectos sustanciales. Además, de manera progresiva se ha advertido que existen múltiples normas característicamente procesales que tienen efectos sustanciales, como aquellas que tienen que ver con la libertad del procesado, las garantías de los sujetos procesales, etc. Así, se pueden diferenciar hoy en día normas procesales sin repercusiones sustanciales y normas procesales con efectos sustanciales. Pero, además, existen normas procesales regulatorias, modificatorias y en algunos casos subrogatorias de normas sustanciales.

¿Cómo entender, entonces, el principio de legalidad referido al proceso penal? La cuestión atañe en alguna medida a las distintas concepciones que sobre el derecho procesal, y específicamente el procesal penal, se han desarrollado en los dos últimos siglos, que de manera simplificadora podrían enunciarse como nociones formales o tradicionales y materiales, metodológicas o teleológicas.

La noción formal de proceso lo identifica como un conjunto de ritos, de imperiosa observancia, que constituyen presupuesto de la sentencia. El legislador, en su libertad de configuración, decide qué formalidades estima conveniente que integren el “proceso”, y el juez, dentro de la lógica subsuncionista, debe limitarse a cumplir las instrucciones contenidas en el Código de Procedimiento correspondiente. Propia del más recalcitrante positivismo jurídico y acogida por la doctrina mayoritaria durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX –de ahí la denominación de tradicional–, esta forma de entender los procesos judiciales es compatible con las tendencias monistas sobre la teoría de la norma⁷.

En efecto, la noción formal de proceso acoge la idea de que las únicas normas con relevancia en el mundo del derecho son las que contienen un mandato o una prohibición, con lo cual su aplicación coactiva queda garantizada. La norma procesal, desde

7 Cfr. uno de los más serios estudios sobre la norma procesal en JULIO B. J. MAIER. *La función normativa de la nulidad*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

esta perspectiva, es norma de mandato o prohibición, o, en términos de A. THON, es norma imperativa: siempre debe cumplirse, y en el evento de que se desatienda deben existir mecanismos coactivos que reafirmen su vigencia.

En el contexto de la noción formal de proceso, al juez no le corresponde cuestionar la razón de ser del rito que practica, pues al ser un mandato del legislador éste debe cumplirse de manera estricta. Tampoco hay, desde esta forma de entender el proceso, mayor lugar a las interpretaciones o a las valoraciones materiales acerca de la eficacia de la actuación procesal. La legitimación material de las decisiones de fondo se cumple con el acatamiento “ciego” del imperativo procesal.

Desde la otra orilla, las tesis que entienden el proceso penal como algo más que una secuencia caprichosa de formalidades se esfuerzan por aclarar que los ritos son instrumentos para la aplicación de las normas sustanciales y, por lo tanto, en todo caso tienen una razón de ser. Mayoritariamente, la noción material de proceso lo asimila con un método, valga decir, conforme a su etimología, un camino, o una secuencia lógica y ordenada de pasos que permite llegar a una meta, un fin, un propósito; en lo que a la teoría de las normas se refiere, quienes se inclinan por la tesis material ordinariamente acogen una postura pluralista sobre la norma jurídica y, dentro de ella, entienden que la norma procesal no es norma de mandato o prohibición en estricto sentido, sino que se trata de una norma de carácter facultativo. Es la dimensión teleológica de las formas –principio de instrumentalidad de las formas–, según la cual todo rito procesal debe orientarse hacia algún fin⁸. Entre los múltiples caminos que pueden optarse para llegar a los fines del proceso, el legislador selecciona el que estima más conveniente y ajustado a las realidades y necesidades del sistema judicial correspondiente. La norma procesal no es, por lo tanto, un imperativo en los términos del esquema formal, sino simplemente un condicionante para que la actividad del órgano judicial tenga eficacia.

Al confrontar estas dos alternativas teóricas puede advertirse cómo el principio de legalidad en materia procesal adquiere distintos matices. Si se trata de la perspectiva formal, lo importante es que se acate ciegamente el tenor literal de la norma procesal, en tanto que desde la perspectiva material lo importante es que el método legal de administrar justicia se aplique de manera acertada y conforme a sus fines. En otros términos, lo procesal del principio de legalidad se agotaría en el acatamiento de las normas de rito y de competencia si se parte de los postulados propios de la noción

8 La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha adherido a esta tendencia de manera inequívoca y reiterada. Recientemente, en fallo T-685 de 2003 afirmó la Corte: “el principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en las exigencias de *lex praevia y scripta* [...] ante indeterminaciones, problemas interpretativos o cualquier otro tipo de dificultades dentro del trámite de una causa o litigio, las soluciones que adopte el juez respeten los diversos elementos del debido proceso, a partir de una interpretación sistemática y teleológica del respectivo régimen procesal”.

formal. Dentro de la perspectiva tradicional de la noción de proceso, propia del positivismo decimonónico, el principio de legalidad procesal se reduciría a los temas de rito y de competencia; tanto es así que uno de los hitos legislativos colombianos en materia de interpretación, la Ley 153 de 1887, expresamente hace referencia a las normas de rito o sustanciación y de competencia como aquellas típicamente procesales, para diferenciarlas de las que tienen contenidos sustanciales⁹, que en el contexto de la mencionada ley solo son las que definen o castigan los delitos.

Si, por el contrario, se entiende que el proceso es el método legalmente acogido para administrar justicia, la identificación de los fines del proceso y su dinámica harán que el cumplimiento del principio de legalidad y los vínculos con la legalidad sustancial adquiera contornos mucho más complejos.

Un ejemplo puede facilitar la comprensión de este planteamiento. En la legislación procesal penal colombiana de los últimos años se ha consagrado una figura que no es extraña en otros países, denominada aquí sentencia anticipada. La idea es muy simple: el procesado que colabora con la justicia y admite los cargos que se le imputan permite obviar el engorroso debate probatorio y, por lo tanto, simplifica el trámite, ayuda a descongestionar la administración de justicia; en contrapartida, el Estado le reconoce una reducción punitiva, que no tiene un origen sustancial, es decir, no proviene del Código Penal, sino que tiene naturaleza procesal y, en consecuencia, está regulada por el Código de Procedimiento Penal.

Si se aplicara la lógica tradicional del principio de legalidad, el rito previamente establecido, desarrollado por el juez y previsto legalmente, se deberá concluir que, una vez terminado el trámite y declarada la responsabilidad penal del procesado, deberá aplicársele de manera estricta la pena prevista en el Código Penal para el delito correspondiente. ¿Por qué, entonces, se modifica la pena contemplada en la ley sustancial si la persona admite sin reticencias su responsabilidad?

La hipótesis de la sentencia anticipada (conformidad o juicios abreviados en la nomenclatura de otros países) no es la única que puede mencionarse. Hay otras instituciones procesales con efectos más radicales. Es el caso de la indemnización integral, que en Colombia permite excluir la responsabilidad penal en los delitos contra el patrimonio económico y en otras hipótesis delictivas que, como regla general, afectan derechos

9 Artículo 40 Ley 153 de 1887: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Artículo 43: “La ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar a juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”.

susceptibles de disposición y carecen de mayores repercusiones sociales. Y en un contexto distinto, pero dentro de la misma lógica, los beneficios por colaboración con la justicia constituyen también un buen ejemplo de factores procesales que modifican la ley sustancial penal. ¿Por qué?

Sería muy simplista sostener que por conveniencia, aunque habría mucho de razón en esa afirmación. Pero antes de intentar una respuesta es necesario insistir en el contraste de posturas teóricas. La ley sustancial penal colombiana describe así el delito de homicidio: “El que matare a otro incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”. No dice que si el homicida reconoce su responsabilidad la pena se reducirá en la mitad, ni que si uno de los partícipes delata a los restantes podrá beneficiarse con importantes atenuantes punitivas.

Si se acogiera la noción formal de proceso, aquella que adhiere a las tesis monistas sobre la teoría de la norma, esta clase de “licencias” procesales serían sencillamente impensables, o de llegar a admitirse se explicarían a través de complejos malabares argumentativos. Se diría, por ejemplo, que en realidad se trata de causales de atenuación punitiva, erradamente incorporadas a la legislación procesal penal, pero de origen sustancial. No obstante, en tal caso, ¿cómo explicar otras figuras, como la antigua audiencia especial, o los actuales acuerdos y preacuerdos?

Podría afirmarse también que se trata de instituciones características de distintos esquemas procesales, dado que los acuerdos con los procesados, la transacción en materia penal, los beneficios por colaboración, etc. son instituciones propias del procedimiento acusatorio de origen anglo-americano, inmerso en la filosofía utilitarista. Pero a esta afirmación habría que advertir que muchos países de tradición jurídica continental europea incorporaron a sus legislaciones instituciones similares a las anotadas antes de incursionar en modelos de definida tendencia acusatoria. En Colombia, por ejemplo, a partir del Decreto 050 de 1987, obviamente antes de reformarse la Constitución Política y de crearse la Fiscalía General de la Nación, ya aplicaban algunas de estas figuras alternativas, lo que evidencia que estos conceptos no son patrimonio exclusivo de un determinado sistema procesal, ni de una cultura jurídica en particular.

En realidad no es imaginable que hipótesis como las mencionadas anteriormente fueran admitidas, para la época en que surgió el principio de legalidad, como criterios sustanciales de reducción o exclusión punitiva. De hecho, las teorías sobre la pena desarrolladas durante la ilustración –como la tesis kantiana de la pena como imperativo categórico, o el argumento dialéctico hegeliano de la pena como negación de la negación del derecho– tienen perfiles absolutos y no darían cabida a excepciones de esta naturaleza. Tampoco podría pensarse que, en un momento histórico en el que la separación radical de los poderes era tan importante, se permitiera que el juez penal dispusiera de márgenes tan amplios de discrecionalidad para negociar con el delincuente la aplicación de la ley sustancial.

Lo que sí es evidente es que entre comienzos del siglo XIX y la época actual no sólo han transcurrido más de doscientos años, sino que la teoría del Estado y la teoría del derecho han evolucionado sensiblemente. El Estado demoliberal cedió al intervencionista en Europa continental hacia mediados del siglo XIX, y éste fue paulatinamente desplazado por el modelo de Estado social de derecho, que se generalizó en el mundo occidental a partir de la segunda postguerra mundial y hasta finales del siglo XX. Y, sin entrar a profundizar en los contenidos de esa evolución, parece claro que las escalas de valores sobre las que se edifican los distintos modelos políticos y jurídicos son esencialmente diferentes y explican, por ejemplo, que algunos intereses individuales ya no prevalezcan objetivamente sobre los de carácter social, y que, por el contrario, tras un ejercicio de ponderación, pueda concluirse hoy en día que ciertos derechos de carácter individual deben ceder –y no necesariamente por razones utilitarias– ante otros intereses prioritarios. En otras palabras, lo que se sostiene es que las transformaciones que han venido operando tanto en la forma de entender los procesos penales como en la comprensión que dentro de ellos se tiene acerca del principio de legalidad no son producto de la absorción, por parte de los países de cultura continental europea, de valores, institutos y conceptos propios de la cultura anglo-americana, sino que corresponden a un proceso de evolución política y jurídica mucho más complejo.

En resumen, y a modo de conclusión parcial, el principio de legalidad referido al proceso penal no se limita hoy en día a la preexistencia formal de ritos y funcionarios competentes, sino que se extiende a nociones de naturaleza eminentemente procesal pero de contenido sustancial y, además, a cuestiones estrictamente sustanciales que se han visto alternadas, complementadas y en algunos casos subordinadas por factores de carácter procesal. Además, la ley previa reguladora de todos estos temas, por su forma de expresión, responde a la lógica del lenguaje usual y no tiene, por lo tanto, carácter unívoco.

III. INCIDENCIA DE LA LEGALIDAD SUSTANCIAL EN EL PROCESO PENAL

La legalidad sustancial puede manifestarse de diversas maneras en el proceso penal, pero básicamente pueden mencionarse dos grandes aspectos, a saber, en primer término, los sub-principios procesales derivados del principio de legalidad, y en segundo lugar, la subordinación de las estructuras procesales a la lógica de la legalidad.

1. Sub-principios derivados de la legalidad

El principio de legalidad, en su concepción original, hace parte de un entramado que configura el modelo de Estado de derecho demoliberal en la Europa continental: separación de derecho y moral, reconocimiento de la dignidad humana, la igualdad de todas las personas ante la ley, sometimiento de todos a la ley –incluido el Estado y los gobernantes–, separación de los poderes públicos, etc.¹⁰.

En el plano penal, el principio de legalidad no solo garantiza la seguridad jurídica y la libertad general de acción, al indicarle al ciudadano con relativa claridad qué comportamientos ameritan reproche punitivo, sino que correlativamente impone deberes de conducta, activa y pasiva, a las autoridades públicas. El Congreso, por ejemplo, tiene el deber de describir con la mayor precisión y claridad los comportamientos delictivos, determinando las penas imponibles, los procedimientos a través de los cuales se investigará y juzgará a los imputados, las autoridades competentes para tramitar dichos procedimientos y para proferir decisiones vinculantes, etc.

Los jueces, por su parte, tienen el deber de aplicar las leyes creadas por el Congreso, lo que supone, en materia penal, que salvo las excepciones contempladas de manera expresa por la propia ley, todo aquel que incurra en una conducta punible debe teóricamente ser declarado penalmente responsable. Esto significa que la persecución del delito, salvo las expresas excepciones legales, no es potestativa, ni discrecional, sino que es oficiosa, obligatoria y necesaria¹¹. En virtud del principio de legalidad sustancial, el proceso penal se rige, en consecuencia, por los sub-principios de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria.

En este punto se enfrenta la diferencia fundamental, en lo que a derecho procesal penal se refiere, entre las dos grandes culturas jurídicas de Occidente. El principio de legalidad, con todas sus implicaciones y consecuencias, es un elemento característico de la cultura jurídica de tradición continental europea, mientras que la tradición anglo-americana gira en torno de otras consideraciones. Múltiples razones históricas, que tampoco es del caso entrar a abordar aquí, dieron lugar a que el derecho de Europa continental evolucionara en torno del derecho escrito, la lógica deductiva, el método dogmático en términos generales, en tanto que los ingleses y más adelante los norteamericanos construyeron un sistema con similares pretensiones de respeto a los derechos y rechazo a la arbitrariedad, pero por vías radicalmente opuestas.

El postulado sustancial de la legalidad, al interior de los sistemas de tradición continental europea, rechaza como regla general el carácter dispositivo de la acción penal. Como lo recuerda la doctrina mayoritaria, en cierto momento histórico el derecho continental asumió que la acción penal no es asimilable a la acción contenciosa civil del derecho romano, por contener caracteres de orden público e interés general¹²,

10 Un extenso y profundo estudio sobre la evolución histórica y política del proceso penal, así como de las relaciones con la legalidad, puede encontrarse en JULIO. B.J. MAIER. *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, “Fundamentos”, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2002.

11 “... la indisponibilidad de las normas penales y la imperatividad de su observancia, dice el prof. ALMAGRO NOSETE, confieren al proceso penal un carácter de necesidad que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción de un hecho delictivo”: RUIZ VADILLO. Ob. cit., p. 127.

12 Cfr. CLAUS ROXIN. *Derecho procesal penal*, GABRIELA E. CÓRDOBA et ál. (trads.), Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, p. 82. En igual sentido, MAIER. Ob. cit., pp. 300 y ss.; JOSÉ M. ASECIO MELLADO.

dándose lugar así a que en lugar del principio dispositivo se optara por estructurar la serie de sub-principios, derivados de la legalidad, enunciados atrás: persecución oficiosa, obligatoria y necesaria.

En materia procesal penal es común que se contrasten los principios de legalidad y de oportunidad, para aludir a las diferencias de sistemas jurídicos. Pero en realidad esa confrontación conceptual debe darse entre los principios dispositivo y los de persecución oficiosa, obligatoria y necesaria.

Aquel, fiel a la tradición del derecho romano, reconoce que el titular de un derecho puede disponer libremente del mismo. En el ámbito procesal esto significa que el titular de la acción puede disponer de ella ejercitándola o no, renunciándola total o parcialmente, transándola, etc. Al no hacer una distinción de fondo entre las acciones civiles y las penales, los anglo-americanos han mantenido para el proceso penal la lógica de las acciones contenciosas romanas, de manera que se ha preservado, en cabeza del titular de la misma –ordinariamente un órgano del poder ejecutivo– la facultad discrecional de disponer de ella.

Por el contrario, la experiencia de la Inquisición dejó en la Europa continental dos consecuencias diferentes: de una parte, el repudio al método procesal inquisitivo y, de otra, la comprensión de que por su naturaleza el objeto del debate dentro de un proceso penal es sustancialmente distinto al que ordinariamente ocupa la atención en un debate civil. El principio de legalidad se proyecta en el proceso penal en el sentido de exigir del órgano estatal persecutor una actividad oficiosa –no discrecional– y necesaria, en el sentido de radicar en ella la afirmación de la vigencia del sistema.

En términos generales, lo anterior no significa que la noción de legalidad esté ausente de los sistemas anglo-americanos, lo cual no es estrictamente cierto¹³. Pero lo que sí es claro es que su significación es diferente. Dicho de otro modo, dentro de cada cultura jurídica se han desarrollado diferentes formas de entender la legalidad desde las estructuras sociales más elementales, o lo que es lo mismo, el sentido de la legalidad en el lenguaje usual de uno y otro sistema no es el mismo, así guarde en el fondo un mínimo de identidad.

Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Madrid, Estudios Trivium Procesal, 1991, p. 16.

13 “Su definición y la vigencia del principio de legalidad, el *nullum crimen sine lege* ampliamente predicado en textos anglosajones, no ofrece dificultad en la medida en que se trata de formulaciones asentadas en una tradición milenaria poco menos que imposible de modificar. La cuestión de si persiste la antigua máxima: *judge made law*, es decir, si los jueces conservan o no la potestad de crear o redefinir delitos, debe entenderse superada y respondida negativamente en el ordenamiento jurídico estadounidense. Aun en el Reino Unido la cuestión está también en la actualidad fuera de discusión”: EDMUND HENDLER. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1996, p. 27.

2. Subordinación de las estructuras procesales a la lógica de la legalidad

Al entenderse el proceso como método de administrar justicia, se hace evidente que el margen de configuración del legislador en materia procesal penal no es tan amplio como parecería. En efecto, para imprimirle validez¹⁴ a las normas procesales, el legislador está en la obligación de observar los preceptos superiores, para el caso los contenidos en la Constitución y, en general, en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto; pero además está limitado lógicamente por la viabilidad teleológica de los ritos seleccionados, lo cual significa que las formas procesales no son caprichosas, sino que deben permitir llegar a los fines pretendidos¹⁵.

Dado que en la Constitución Política el principio de legalidad se afirma en términos generales (art. 250), y solo excepcionalmente y de manera reglada se admiten ciertas formas de discrecionalidad –principio dispositivo–, toda la estructura del proceso penal debe verse inmersa dentro de esa lógica. En un plano práctico esto significa, entre otras cosas, las siguientes:

– La función del proceso (para qué sirve el proceso) debe ser la eficacia del derecho sustancial. Todo método se dirige a ciertos fines (dirección teleológica) con un propósito último (justificación funcional); y si la función del proceso penal es la eficacia del derecho sustancial, valga decir, si se le concibe como un instrumento para la real aplicación del derecho material en la dinámica social, las decisiones de los jueces deben estar dirigidas a una aproximación razonable a la verdad.

– Dentro de los pasos que integran el proceso, no deben existir alternativas que, fuera de las hipótesis de discrecionalidad reglada –principio de oportunidad– pongan fin al proceso con inobservancia del principio de legalidad¹⁶.

– Tampoco deben existir hipótesis “paralelas” de disposición de la acción penal, diversas a las contempladas expresamente como eventos de aplicación del principio de oportunidad. En el caso colombiano, es discutible, por ejemplo, la aparente facultad de renuncia a la acción que se otorga a la fiscalía en el artículo 448 de la Ley 906 de

14 “Una de las condiciones de validez consiste en la adecuación del contenido de la norma a lo establecido en otra superior; se trata de lo que más adelante llamaremos juicio estático, según el cual una norma es válida cuando su contenido lo que manda, prohíbe o permite puede derivarse del contenido de una norma superior del sistema”: JOSÉ LUIS SERRANO. *Validez y vigencia*, Madrid, Edit. Trotta, 1999, p. 52.

15 En detalle, GERARDO BARBOSA CASTILLO. “Estructura del proceso penal”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

16 Por esta razón la Corte Constitucional, mediante sentencia C-591 de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS, declaró inexecutable la facultad otorgada por la Ley 906 de 2004 a la fiscalía para ordenar el archivo de investigaciones, con efectos de cosa juzgada.

2004, conforme al cual, si el fiscal no solicita condena por un determinado delito, el juez no podría hacer una declaratoria de responsabilidad penal. Si el juez está atado al principio de legalidad, una norma procesal como la mencionada debería interpretarse en un sentido diverso, o simplemente debería inaplicarse por ser inválida, dando curso a la excepción de inconstitucionalidad.

– La relevancia jurídica de los hechos se manifiesta tanto procesal como sustancialmente. Por ejemplo, solo es factible determinar la legitimación de la fiscalía para adelantar labores de indagación o investigación a partir de la denominación jurídica de los hechos presuntamente delictivos conforme al principio de legalidad y sus derivados. Además no es posible identificar la competencia sin conocer, de manera provisional la denominación jurídica de los hechos. Y en algunos casos, como el de los delitos querellables, no puede impulsarse el trámite mientras no se cumplan algunos requisitos de procedibilidad, lo cual supone una previa calificación jurídica, provisional, de los hechos. Además, tampoco podría reconocerse la prescripción de la acción penal si no se sabe cuál es el tipo penal en torno del cual se desarrolla un determinado proceso.

– En el plano sustancial, la calificación jurídica de los hechos es un requisito tanto del debido proceso como del derecho de defensa. El derecho fundamental a conocer la acusación implica, entre otras condiciones, la existencia de una imputación tanto fáctica como jurídica¹⁷.

– Lo anterior significa también que en algún momento de la actuación debe definirse, conforme al principio de legalidad, cuál es la infracción específica respecto de la cual el acusado debe defenderse y que el juez debe tomar como referencia para efectos de la congruencia entre la acusación y la sentencia.

Como puede apreciarse, el principio de legalidad, cuando es acogido por un determinado sistema jurídico, se involucra en todas sus instituciones y no constituye simplemente un elemento teórico de referencia. Muchos aspectos prácticos del proceso penal se afectan directamente con el principio de legalidad, pero en especial debe destacarse su capacidad de imprimir coherencia al sistema.

IV. REPERCUSIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PENAL

Por último, es necesario hacer alusión, así sea de manera breve, al ejercicio de la función jurisdiccional y su inseparable vinculación, en sistemas como el colombiano,

17 Cfr. ANDREA PLANCHADELL GARGALLO. *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

al principio de legalidad. Nuevamente la problemática gira en torno de las consecuencias de la adopción de ciertos criterios dispositivos dentro del proceso penal y, en contrapartida, las facultades oficiosas que puedan predicarse del juez penal cuando se le impone el deber de fundar sus decisiones exclusivamente en el imperio de la ley¹⁸. En qué medida, por lo tanto, la adopción de un procedimiento de tendencia acusatoria supone negar a los jueces cualquier forma de intervención oficiosa.

Antes de realizar un planteamiento teórico, resulta conveniente destacar la importancia práctica del tema.

Algunos sectores radicales sostienen que en un procedimiento de tendencia acusatoria, y en virtud del principio dispositivo, el juez debe limitarse a resolver sobre lo que plantean las partes enfrentadas. La lógica de este planteamiento es relativamente elemental: cada parte, en pie de igualdad, acude al juez en defensa de sus intereses, con la carga de hacerlo diligentemente, lo que implica a su vez el deber de asumir las consecuencias desfavorables de su conducta negligente. El juez no debe, en este contexto teórico, suplir las deficiencias de ninguna de las partes enfrentadas, pues al hacerlo rompería el balance que por definición debe tener el sistema.

Se ha dicho, en consecuencia, que al acogerse constitucionalmente un modelo procesal de tendencia acusatoria esos rasgos definitorios del sistema deben prevalecer incluso sobre el principio de legalidad, en el entendido de que los riesgos de error o de impunidad, según el caso, fueron medidos y asumidos por el constituyente. No ha faltado, incluso, quien afirme que la mención explícita del “sistema acusatorio” en el inciso 3.º artículo 4.º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 supone por sí mismo la adopción constitucional de lo que algún sector de la doctrina ha denominado el “sistema acusatorio puro”, y la consecuente adaptación de toda la infraestructura normativa que no fue reformada explícitamente por el mismo acto legislativo.

En la práctica lo anterior significa que si, por ejemplo, una persona que mata a otra en legítima defensa, por error propio o de su defensor no alega tal circunstancia, oficiosamente el juez no podría reconocerla así estuviera demostrada a través de las pruebas prácticas en el juicio oral. O si la fiscalía acusa a una persona por un delito de hurto, cuando lo evidente es un delito de peculado, el juez tendría que absolver, o condenar por un delito que jurídicamente no es el que corresponde. Y si un testaferrero evidente, con la anuencia de la fiscalía, asume la responsabilidad por el almacenamiento o tráfico de una cantidad considerable de estupefacientes, conforme a la tesis extrema que se analiza, el juez debería acceder a lo solicitado y propuesto por las partes.

Una postura jurídica de tales características no parece ser compatible con un sinnúmero de normas constitucionales, desde el preámbulo mismo. La única manera

18 Artículos 228 y 230 C. N. de Colombia.

aparente de compaginar postulados tan distantes sería la elevación de la expresión “sistema acusatorio”, conforme lo entiende ese reducido sector doctrinario¹⁹, a una connotación metafísica y supra-constitucional, conforme a la cual la adopción de un sistema acusatorio para la administración penal de justicia implica automáticamente una reforma integral de la Constitución Política, lo cual no parece razonable.

En realidad, no parece acertado radicalizar ninguna de las posturas. Ni el principio acusatorio debe llevarse a los extremos mencionados, ni el principio de legalidad puede sostenerse conforme a la formulación propia de los inicios del Estado de derecho. Lo ideal de un modelo procesal acusatorio sí es permitir que los sujetos procesales confrontados impulsen la dinámica del trámite y delimiten, de manera general, el objeto del debate. Pero esto no puede conducir a confundir la esencia del proceso penal para asimilarla de manera pura y simple con un proceso civil contencioso.

Es inobjetable que en la actualidad muchos comportamientos tipificados tradicionalmente en las legislaciones penales han perdido la relevancia que en su momento llegaron a tener. En el derecho comparado puede apreciarse cómo ha venido operando un proceso de descriminalización de muchas de esas conductas, en algunos países, mientras que en otros casos se han implementado respecto de ellas requisitos de procedibilidad. Este tipo de conductas, que tienen en común afectar esencialmente intereses individuales, pueden normativamente tener un tratamiento más cercano al principio dispositivo, distinto al de las conductas delictivas que afectan intereses generales o estatales y cuya persecución necesariamente debe ser oficiosa y atada al principio de estricta legalidad.

Ahora bien, se advirtió al comienzo que entre el nacimiento del Estado de derecho y la época actual han operado significativas transformaciones de toda índole que conducen a replantear, a partir de la idea original, no solo los contenidos, sino además las consecuencias del principio de legalidad. Y el ejercicio de la función judicial en la práctica ha venido, sin una adecuada fundamentación teórica, asimilando intuitivamente esta evolución. Es claro que el desempeño del rol judicial cambia dependiendo de si el sistema judicial correspondiente se fundamenta en el principio dispositivo o en el principio de legalidad; la cuestión a resolver es en qué medida y cuáles son los alcances de esas variables.

La solución no puede ser simplemente pragmática. Lo que se busca destacar aquí es que la conceptualización del principio de legalidad en el contexto procesal tiene que ir mucho más allá que la tradicional comprensión del *nemo iudex, nemo iudicium sine lege*. De por sí, ya se acepta que el procedimiento es mucho más que una formalidad vacía, caprichosamente elegida por el legislador. La filosofía contemporánea, desde

19 Lo acusatorio, en este sentido, sería sinónimo de sistema penal de raigambre dispositiva, de características similares a las de un proceso civil contencioso conforme a la tradición romana.

distintas perspectivas, habla de la legitimación mediante procedimientos²⁰, para afirmar que la confiabilidad y aceptación de ciertas decisiones institucionales no radica en ellas mismas y en su argumentación interna, sino en el recorrido que permite llegar a ellas. En este sentido, la confiabilidad de las decisiones judiciales radica, en una importante medida, en la validación del procedimiento conforme al principio de legalidad.

En suma, el principio de legalidad permea la totalidad del sistema procesal penal y ha hecho que cada vez sean menos claros los límites entre lo estrictamente procesal y lo sustancial. El análisis del proceso a través del prisma del principio de legalidad pone de relieve la sustancialidad de todas las normas procesales y la necesidad, por lo tanto, de dar a ellas la dimensión que realmente les corresponde.

20 Es conocido el debate acerca de la legitimación de decisiones a través de procedimientos en el que han intervenido, entre otros, HABERMAS y LUHMANN. Al respecto cfr. N. LUHMANN. *Legitimation durch Verfahren* (Legitimación a través de los procedimientos), Frankfurt, Suhrkamp, 1983; J. HABERMAS. *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta, 2000, e íd. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

