

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

José Luis Martín Delpón
Cuerpo Jurídico Militar

RESUMEN

La conformidad procesal es una de las manifestaciones más importantes del principio de oportunidad. Éste, en relación constante con el principio de legalidad, tiende a la agilización y el recorte de los trámites procesales, sin perjuicio de las garantías esenciales del procedimiento penal. Debido a sus ventajas se ha instalado tanto en el modelo norteamericano, a través del «plea bargaining», como en el modelo continental europeo.

PALABRAS CLAVE: Principio de oportunidad, conformidad procesal, plea bargaining, derecho comparado, proceso penal.

ABSTRACT

«The Principle of Opportunity: Analysis of Comparative Law». Procedural compliance is one of the most important manifestations of the principle of opportunity. This, in constant contact with the principle of legality, is aimed at streamlining and trimming the procedural steps, without prejudice to the essential guarantees of criminal procedure. Because of its advantages is installed in both the U.S. model, through plea bargaining, as in the continental European model.

KEY WORDS: Principle of opportunity, procedural compliance, plea bargaining, comparative law, criminal procedure.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

El instituto procesal de la conformidad es una de las manifestaciones más palpables de la aplicación y vigencia del principio de oportunidad en el seno del procedimiento penal. Es una institución de naturaleza compleja que supone, a grandes rasgos, que la parte pasiva del proceso —procesado o inculcado junto con su abogado en funciones de representación procesal técnica— reconoce los hechos que se le imputan y la pena que se solicita como consecuencia penal inherente a ellos.



Queda expedita, por tanto, la vía a una sentencia de conformidad que adquirirá los efectos materiales y formales de cosa juzgada en el momento en el cual gane firmeza¹.

La práctica forense aplicada al proceso penal, en términos genéricos, constata como uno de los principales problemas el de la excesiva duración del procedimiento penal. La resolución judicial finalmente adoptada en el proceso penal, debido a su tardanza, no resulta adecuada para solventar el verdadero conflicto penal sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sobrepasando, en ocasiones, los plazos temporales fijados en las normas procesales y quebrantando, de hecho, garantías constitucionalmente previstas en la Carta Magna y corroboradas en los instrumentos internacionales de protección de derechos. Ante ello, la conformidad procesal ha surgido como un medio eficaz para evitar esas dilaciones ya que reduce notablemente los procedimientos y, con ello, la resolución judicial a adoptar². Aunque, por otro lado, no ha estado exento de críticas en relación a su aplicación y los efectos del mismo. La conformidad se mantiene al día de hoy como una institución, como ya se verá en líneas posteriores, muy criticada y criticable.

Este planteamiento genérico del contenido de la conformidad nos pone en la línea de una herramienta procesal que fue concebida en su origen como un medio viable de permitir un enjuiciamiento más rápido y sencillo de la delincuencia menos grave. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se ha hecho eco en múltiples ocasiones de las grandes ventajas que aporta

¹ La bibliografía que aborda la figura procesal de la conformidad es abundante desde la óptica del Derecho Procesal Penal, si bien a lo largo del trabajo se hará referencia puntual a alguna de estas obras: ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Promociones y publicaciones universitarias (PPU), Barcelona, 1991; BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994 y *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; BERZOSA FRANCO, M.V., *Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal*, Problemas actuales de la Justicia Penal, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001; BUTRÓN BALIÑA, P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGrawHill, Madrid, 1998; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», en *Revista General de Derecho*, 1992, octubre-noviembre, p. 9853 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DEL POZO PÉREZ, M., «Problemas constitucionales y legales de la aplicación del régimen de conformidad introducido por la ley 38/2002 y su complementaria, la Ley Orgánica 8/2002», *La Ley*, núm. 6081, 2004; GIMENO SENDRA, V., «La conformidad 'premiada' de los juicios rápidos», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2004, núm. 5, año I, p. 5 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado «juicio rápido», *La Ley*, 2003, núm. 5895, p. 11 y ss.; LÓPEZ LORENZO, V., «La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2004, núm. 8, año I, p. 31 y ss.; MARTÍN RÍOS, M.P., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998; y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

² DURBAN SICILIA, L. 2010, «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 73, p. 3.

el principio de oportunidad, siendo una de las manifestaciones más palpables de interacción entre distintas ramas del derecho³.

El objeto, por tanto, del presente estudio se centrará en el análisis de los distintos sistemas de derecho comparado en los que se aborda el principio de oportunidad y, en concreto, la conformidad procesal como instrumento, en principio, válido para la obtención de los fines de reinserción y rehabilitación social a los que se encuentra orientada la pena. Dentro de ella, la conformidad, el acuerdo negociado de las pretensiones procesales incidirá sin duda en la posible evitación de las penas privativas de libertad.

Pero antes conviene analizar, someramente, los orígenes y el desarrollo en los ordenamientos procesales penales de este principio, su evolución y la consagración del mismo en distinta medida y con distinta virtualidad según el modelo de derecho comparado.

2. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD⁴

Como ya ha quedado apuntado en la introducción del trabajo, la conformidad procesal es una de las alternativas que se plantean frente al clásico esquema del proceso penal, como una manifestación más del llamado principio de oportunidad. Dicho principio se empieza a plantear en la doctrina científica a partir de la Primera Guerra Mundial, en un contexto en el que la criminalidad experimenta un considerable aumento, si bien en conductas criminales menos graves⁵.

Esta dinámica se vio aumentada con el segundo conflicto mundial, ya que, a partir del mismo y como consecuencia del panorama social, los delitos leves de tinte patrimonial y económico se empezaron a cometer con mayor asiduidad. Así, se empieza a notar la necesidad de modificar y reformar los ordenamientos procesales penales de cuño decimonónico para poder afrontar con eficacia la nueva situación⁶.

³ En relación a su virtualidad y eficacia como elemento configurador de las decisiones de política criminal, véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y CONTRERAS ALFARO, L.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», *Justicia: revista de derecho procesal*, 2006, núm. 3-4, p. 53 y ss.

⁴ Desde una perspectiva general y en su relación dialéctica con el principio de legalidad, véase, entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal», *Poder Judicial*, 1989, núm. Extra 6, (Ejemplar dedicado a: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), p. 17 y ss., y «El principio de legalidad, principio de necesidad y principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal», *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)/XIII Jornadas de Estudio; Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, 1993, vol. 1, p. 391 y ss.; SANTANA VEGA, D.M., «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2001, tomo 47, Fasc/Mes 2, p. 105 y ss.; SORIANO IBÁÑEZ, B., «El principio de oportunidad», *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2002, núm. 1, p. 645 y ss.

⁵ En este sentido, ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 23.

⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.* p. 120, considera que en este periodo se da el fenómeno común de que los Estados a través de sus legislaciones no pueden hacer frente a todas las manifestaciones ilícitas existentes, por lo que estos Estados se encuentran en la tesitura de crear un sistema que sea capaz

De hecho, los principios inspiradores que informan y configuran las características esenciales de los sistemas de enjuiciamiento criminal en los países democráticos se basan en los postulados filosóficos y humanistas impulsados tras la Segunda Guerra Mundial⁷. El proceso que surgió a partir de este momento histórico se ha caracterizado no sólo por la ratificación de numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho de defensa y a un proceso público con todas las garantías, sino también por una constante voluntad de incrementar y garantizar el derecho a la defensa en la fase de instrucción, divergiendo cada vez más del modelo inquisitivo.

Estas nuevas soluciones imbricadas en el principio de oportunidad van a tener su punto de partida en el sistema anglosajón, siendo Alemania⁸, Portugal e Italia los primeros países de nuestro entorno que incorporan, en mayor o en menor medida, el citado principio en el proceso penal⁹.

El principio de oportunidad tiene su razón de ser en el aumento de los litigios penales y, en ocasiones, en la escasez de recursos humanos y materiales para poder afrontar con plenas garantías un proceso penal dentro de los cauces legalmente ordenados¹⁰. La simplificación, la reducción del proceso se muestra, sin duda, como un elemento de especial eficacia en este sentido ya que supondrá un notable acortamiento de los trámites procesales con ahorro de esos medios materiales y humanos de los que la administración de justicia carece¹¹.

Indefectiblemente, el principio de oportunidad nace en contradicción al principio de legalidad en materia procesal penal. En nuestra Carta Magna, dicho

de dar una respuesta rápida y eficaz a tantos ilícitos punibles. Se empiezan a barajar distintas opciones, entre las que se incluye incluso la despenalización de las conductas menos graves, y es en este contexto donde se empieza a introducir el principio de oportunidad para conseguir, previa negociación con el acusado, una condena penal sin que el proceso haya sido abierto.

⁷ Véase, para un somero análisis de las principales conquistas legislativas desde la Segunda Guerra Mundial, GIMENO SENDRA, V., *ob. cit.*, p. 45 y ss., y, ceñidas al ámbito europeo, DELMAS-MARTY, M., «El proceso penal en Europa: perspectivas», en *Poder Judicial*, 1995, núm. 37, 2ª época, marzo, p. 79 y ss.

⁸ En Alemania se eliminó la figura del Juez instructor, fortaleciendo el papel destinado al Ministerio Público, sobre todo en lo que atañe a las funciones de dirección de la investigación sumarial; en esta primera etapa, se constata la tendencia a potenciar el principio acusatorio, sobre todo a partir de las reformas llevadas a cabo en la StPO alemana de 1975, y hasta la promulgación de los nuevos Códigos Procesales Penales portugués de 1987 e italiano, de 1988.

⁹ En relación con el proceso alemán, véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 330, y respecto al proceso italiano, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A., «El nuevo proceso penal italiano», *Revista de Documentación Jurídica*, 1989, tomo XVI, núm. 61, p. 13 y ss.

¹⁰ Así lo estima HINOJOSA SEGOVIA, R., «Un siglo de Derecho Procesal», *Revista «ICADE»*, 2000, núm. 46, Madrid, Enero-Abril 1999, p. 147 y ss.

¹¹ Véase LIDEÑA BENÍTEZ, O.D., «Breves reflexiones sobre la justicia penal negociada en el Derecho Español y comparado», en <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200802-09090670056363.html>, donde se afirma que la influencia del sistema norteamericano se hace notar tanto en la creciente privatización del proceso penal como en la desaparición del Juez de Instrucción, en la llamada criminalidad de bagatela, a favor del Ministerio Público.

principio, recogido en el artículo 9.3 de la CE, se plasma, entre otros aspectos, en la consagración de la figura del Ministerio Fiscal, en los términos del artículo 124 del texto constitucional, quien ostenta la obligación de ejercer la acción penal siempre que tenga conocimiento de que se ha perpetrado un hecho con apariencia delictiva. Esta concepción choca frontalmente con la privatización del proceso penal, es decir, con la solución negociada, la cual se ha ido introduciendo en nuestro país de manera subrepticia, influida por el sistema judicial norteamericano del *plea bargaining*, que analizaré más tarde.

Esta «americanización» de nuestro procedimiento penal afecta a la reducción de trámites procesales, a la terminación anticipada del proceso y a la conformidad con unos hechos y una pena. De cualquier modo, el núcleo esencial del presente estudio se centra en precisar si este instituto de la conformidad está plenamente coherente con los principios de nuestro procedimiento penal. A pesar de que los aspectos prácticos venzan a los teóricos, que las ventajas puedan ser mayores que los inconvenientes, el hecho indudable es que el principio de oportunidad y una de sus manifestaciones, la conformidad, es un elemento extraño a la propia esencia del proceso penal.

Pero para entender convenientemente las vicisitudes de los modelos de justicia negociada, con carácter previo, hay que ponderar la dicotomía existente entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad en el ámbito del proceso penal.

3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NORMA PROCESAL PENAL

Una vez analizado el sistema de plena disposición del objeto procesal norteamericano y antes de empezar con el análisis del instituto procesal de la conformidad, me parece oportuno plantear la siguiente cuestión. ¿Es verdaderamente contrario al principio de legalidad penal el principio de oportunidad? ¿se contradicen los postulados de uno y otro? o ¿pueden ambos principios coexistir en la práctica forense, siendo compatibles sus criterios aplicativos?

Tradicionalmente, y ciñéndome a España, la doctrina científica ha opuesto el principio de legalidad al de oportunidad.

En lo que atañe al principio de legalidad, su base constitucional se halla en el artículo 25 de la Carta Magna al disponer que «*nadie podrá 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*», sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1 de la LECRIM¹².

¹² A cuyo tenor establece que «*No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente*».



Aplicando la doctrina del TC, desde sus primeros pronunciamientos, el principio de legalidad implica una doble garantía. Una de alcance material y absoluto en lo que atañe a la necesidad de la exigencia de predeterminación normativa de aquellas conductas que se consideran ilícitas y las sanciones que lleva aparejadas. Otra de alcance formal, en tanto que fija el rango necesario de las normas tipificadoras de delitos y penas, prohibiendo en todo caso la remisión reglamentaria. Éste es el principio de legalidad en su vertiente más rigurosa, la que viene definida en el artículo 9.3. de la CE, la que viene limitada por el artículo 14 del texto constitucional y la que obliga al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones penales en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.

Por ello, frente a esta visión rígida del principio de legalidad, el principio de oportunidad puede parecer *ab initio* incompatible, ya que éste consiste en el ejercicio de *ius puniendi* con carácter facultativo, discrecional pero no arbitrario, es decir, sometido a los límites que legalmente se establezcan. Ahora bien, una cosa es que el *ius puniendi* del Estado esté constreñido en los términos analizados, pero otra cosa es que el Estado se encuentre constreñido en la manera de perseguir un tipo delictivo. Nuestro TC ha reiterado hasta la saciedad que, dentro de las garantías del artículo 24 de la CE, no hay un verdadero derecho fundamental a la condena de otro¹³.

Así, con la implantación del principio de oportunidad se podrán vulnerar otras garantías pero nunca las consagradas en el principio de legalidad. No hay derecho fundamental a la acción penal sino un derecho a obtener una resolución motivada y congruente¹⁴.

De lo anterior se puede extraer una consecuencia interesante desde la óptica del principio de jerarquía en el ordenamiento procesal penal y es que, aunque la CE no dé franca entrada al principio de oportunidad, no es menos cierto que la Ley sí que lo hace. En efecto, la Ley permite la modulación en la intensidad del ejercicio de la acción penal, siempre y cuando respete las garantías constitucionales y las exigencias del principio de legalidad. No nos hallamos ante un sistema de una discrecionalidad absoluta sino que de la misma manera que el legislador permite la flexibilización de la ley para adaptarla al caso concreto o incluso para despenalizar conductas que venían siendo típicas, lo puede hacer para modificar a la baja los parámetros legales del proceso o adoptar las resoluciones que se estimen más favorables a la consecución de los objetivos de política criminal fijados.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, en mi opinión, se pueden distinguir dos vías de acceso al principio de oportunidad procesal en el ámbito penal de la jurisdicción según su rigidez. La discrecionalidad estricta y rígida se caracteriza por su puridad, ya que permite amplios márgenes de discreción. En ella, la negociación procesal entre las partes no encontraría límites y, con el objeto de obviar el proceso,

¹³ El Tribunal Constitucional ha reiterado en distintos pronunciamientos (STC 157/1990, 31/1996, o 41/1997 entre otros) que los particulares no ostentan ningún derecho a castigar, ya que el *ius puniendi* sólo recae en manos de titularidad estatal.

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., *ob. cit.*, p. 59.

no vendría condicionada por las garantías del principio de legalidad. La segunda, la discrecionalidad flexible, en su versión restringida y limitada, sí que vendría consagrada por los pilares del principio de legalidad. Es la discrecionalidad reglada o limitada por ley, de plena cabida en el ordenamiento procesal penal a través, entre otras, de la figura del instituto procesal de la conformidad.

A continuación, dedicaré las siguientes líneas a analizar someramente los modelos comparados que han afectado en la inclusión en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad penal y, en concreto, el instituto de la conformidad y cómo el modelo norteamericano del *plea bargaining* se ha dejado notar en el sistema procesal europeo-continental y cómo ha gozado de una mayor acogida en algunos países de nuestro entorno, sobre todo Italia.

4. SISTEMAS DE JUSTICIA NEGOCIADA EN EL DERECHO COMPARADO

Para la autora DELMAS-MARTY¹⁵, la expresión de «justicia consensuada» o «justicia contratada» ha tenido un notable índice de expansión dentro del derecho procesal europeo, ya que, tras el declive de la rehabilitación y del desmoronamiento del Estado intervencionista, la solución negociada de los conflictos aparece como un instrumento eficaz para la resolución de controversias¹⁶. Los primeros intentos históricos tienen su origen en los programas de mediación entre delinquentes y víctimas que se desarrollan en Francia e Inglaterra, caracterizados por la inclusión en la esfera propia del derecho público derivado del ejercicio por el Estado de su *ius puniendi* y de su correspondiente potestad jurisdiccional para juzgar y ejecutar lo juzgado de elementos propios del derecho privado y del principio de autonomía de la voluntad.

¹⁵ DELMAS-MARTY, M., *ob. cit.*, p. 66 y ss. Para la autora citada la necesidad de la puesta en práctica de la conformidad procesal viene dada por la ficción del principio de igualdad de armas en el proceso penal. Sostiene que dicho principio no existe y que la existencia de barreras ideológicas, raciales o de tinte sexual afecta a la virtualidad de este principio. Además, desde la óptica de la comunicación pública, estima que la conformidad se sustrae al control democrático de la prensa. Añade como ejemplo que los críticos en Inglaterra piensan que sólo beneficia a jueces y abogados y en Italia los acuerdos de conformidad son aceptados en el norte y rechazados en el sur.

¹⁶ La Recomendación del Consejo de Ministros de Europa (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización, sugiere expresamente el procedimiento de «*guilty plea*» para acelerar la justicia. En concreto, el punto 17 dispone la recomendación de fomentar las experiencias (de ámbito nacional o local) de mediación entre el delincuente y su víctima, y evaluar los resultados examinando, en particular, en qué medida se preservan los intereses de las víctimas.



4.1. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN: EL *PLEA BARGAINING*¹⁷

Con carácter previo, voy a analizar muy someramente las notas características de la justicia negociada en el sistema anglosajón, heredero directo de las aplicaciones que este principio incorpora a nuestro ordenamiento procesal penal común¹⁸.

El sistema norteamericano se caracteriza desde sus primeros pasos por el hecho de que si el acusado confiesa la comisión de los hechos que se le habían imputado formalmente se le permitía no llegar a la celebración del juicio¹⁹. De hecho, desde las primeras fases procesales el acusado podría ser declarado culpable y condenado simplemente apoyándose la resolución judicial en la confesión que el mismo había realizado. El mero reconocimiento de la comisión de los hechos implicaba, sin más, no llegar a la celebración del juicio oral. Sin duda es en este punto donde radica la más importante de las distinciones entre los sistemas continentales y el sistema anglosajón, ya que en éstos el reconocimiento de los hechos no impedía que la vista oral se celebrara con todas las garantías que el ordenamiento desplegaba²⁰.

ORTIZ ÚRCULO recuerda cómo la negociaciones del sistema americano no contaron siempre con una clara aceptación de su poder legislativo. En efecto, la Enmienda XIV a la Constitución de los Estados Unidos, la cual se introdujo con el fin de abolir el sistema esclavista imperante, y en la que se disponía que no se podría privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. A pesar de ello, el devenir del proceso penal norteamericano derivó en una aplicación masiva de este sistema de resolución de procesos penales, debido, fundamentalmente, a lo costoso de los juicios y el tiempo a lo largo del cual éstos se dilataban²¹.

Esta institución en el sistema norteamericano es llamada *plea bargaining* y discurre conforme a los siguientes parámetros. Una vez que el acusado conoce formalmente el contenido de aquellos delitos que se le imputan, el acusador público le oferta la posibilidad de llegar a un acuerdo. En éste las opciones que se le abren a

¹⁷ Véase, además de las obras ya reseñadas, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996.

¹⁸ Sobre su influencia en Europa, véase MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998, p. 194 y ss.

¹⁹ Ésta es una las diferencias existentes entre ambos sistemas. Así en los sistemas continentales de corte germánico la confesión del acusado no impedía la celebración del juicio oral. Por ejemplo, en nuestro caso, las confesiones autoinculporatorias de los acusados sólo pueden alcanzar validez como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia si se han reproducido en juicio oral en condiciones que aseguraran la defensa de los acusados, tal y como recogió, entre otras, las STC 80/1988, 201/1989, 161/1990 o 80/1991.

²⁰ De hecho, y ceñido al ordenamiento español, el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 80/1988 la necesidad de que la vista oral se lleve a cabo conforme a los cauces de la LECRIM en los casos en los que haya habido, en cualquier fase procesal, una verdadera autoinculporación de los acusados, ya que dicho testimonio, en vista, debidamente reproducido y mediando la garantía de la intermediación penal, puede constituir una verdadera prueba de cargo, suficiente para enervar la garantía de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE.

²¹ ORTIZ ÚRCULO, J.C., «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», *Estudios Jurídicos Fiscales*. Soluciones Alternativas al proceso, CGPJ, 2004, p. 3396 y ss.

los *prosecutors* (fiscales) son extremadamente ilimitadas, puesto que no sólo pueden ofrecer la reducción de la pena, sino también su sustitución o el cambio del título de imputación. La declaración de culpabilidad podrá ser voluntaria, en los casos en los que la culpabilidad es evidente; inducida, cuando pueda negociarse algún beneficio añadido para el reo; o negociada, que es la más habitual y versa sobre el delito, sobre la pena o ambos²².

Especialmente significativo es el papel de los *prosecutors*. Estos fiscales ejercen el verdadero monopolio de la acción penal y la llevan a cabo dentro de una horquilla bastante amplia de posibilidades y alternativas procesales. Lo hacen, en principio, con total independencia del órgano jurisdiccional sentenciador, ya que la decisión finalmente adoptada siempre quedará supeditada a la aprobación fiscalizadora y de control de dicho órgano²³.

La dinámica del *plea bargaining* es la siguiente²⁴. Dependiendo de la naturaleza del delito a enjuiciar, o bien el Gran Jurado o el *prosecutor* lleva a cabo una acusación formal²⁵. Las partes acusadoras, y sólo éstas, tienen capacidad para ofrecer una salida comercial al proceso, por lo que le propondrán al acusado dicha solución alternativa. El acusado, ante ello, puede negarse a declarar, *plea of nolo contendere*, puede declararse no culpable, *plea of not guilty*, o puede declararse culpable *plea of guilty*.

Pues bien, sólo la última de las opciones conduce directamente a la sentencia condenatoria, siempre que el tribunal competente acepte el acuerdo alcanzado²⁶.

Sobre este sistema se han enarbolado grandes ventajas en tanto que el fiscal logra una condena sin mayores problemas, el abogado obtiene un resultado muy satisfactorio de cara a su cliente o el Estado por cuanto rápidamente y sin compli-

²² RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.*, p. 66 y ss.

²³ Así lo estiman tanto RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.*, p. 75, como ORTIZ ÚRCULO, J.C., *ob. cit.*, p. 3396.

²⁴ En relación al *plea bargaining*, véase, entre otros, BJERK, D., «Guilt Shall Not Escape or Innocence Suffer?: The Limits of Plea Bargaining When Defendant Guilt is Uncertain», *American law and economics review*, 2007, vol. 9, núm. 2, p. 305 y ss.; LYNCH, G.E., «Screening Versus Plea Bargaining: Exactly What Are We Trading Off?», *Stanford law review*, 2003, vol. 55, núm. 4, pp. 1399 y ss. y «Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America», *American historical review*, 2004, Clases I, vol. 109, núm. 4, p. 1245 y ss.; LANGER, M., «From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure», *Harvard international law journal*, 2001, vol. 11, núm. 1, p. 1 y ss.; MNOOKIN, J.L., «Uncertain Bargains: The Rise of Plea Bargaining in America», *Stanford law review*, 2005, vol. 57, núm. 5, p. 1721 y ss., ROSS, J.E., «The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice», *American journal of comparative law*, 2006, núm. 54, p. 717 y ss.; FISHER, T., «The Boundaries of Plea Bargaining: Negotiating the Standard of Proof», *The journal of criminal law and criminology*, 2007, vol. 97, núm. 4, p. 943 y ss.; y STANDEN, J. «Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines», *California law review*, 1993, vol. 81, núm. 6, p. 1472 y ss.

²⁵ En relación al Gran Jurado, habría que oponer la institución del «petty jury», el cual lleva a cabo un pronunciamiento de culpabilidad o inocencia, una vez que ha examinado las pruebas.

²⁶ ORTIZ ÚRCULO, J.C., *ob. cit.*, p. 3396, recuerda que el «*plea bargaining*» puede ser condicional en aquellos casos en los que se hayan vulnerado las garantías elementales del proceso contenidas en las Enmiendas IV y V a la Constitución americana.



caciones ha ahorrado tiempo en el enjuiciamiento de una conducta. Pero al mismo tiempo, se ha visto en este sistema una amenaza al principio de legalidad, ya que las penas obtenidas tras el acuerdo no pueden responder, en la medida de lo esperado, a las exigencias de prevención general y especial²⁷.

Una de las grandes diferencias entre el sistema norteamericano y el continental, en concreto el español y, más concreto, el recogido en la LECRIM, se sitúa en las facultades del fiscal. En el sistema anglosajón, como ya he apuntado, el abanico de herramientas procesales con las que cuenta son casi ilimitadas, permitiéndole ofrecer reducciones de pena, sustitución de la misma, suspensión en la ejecución, modificar el tipo delictivo por el que inicialmente se había acusado o incluso hacer una recomendación en la sentencia.

Ahora bien, el sistema del *plea bargaining* presenta algunas similitudes con nuestro sistema e incluso las notas esenciales del mismo pueden valernos para interpretar aquellos puntos en los que la LECRIM no acomete ninguna prescripción concreta. Así, la confesión de la culpabilidad puede ser voluntaria y sin mediación alguna, sobre todo en los supuestos de delitos flagrantes o en los que las pruebas de cargos tengan mucho peso específico, o puede ser inducida y con mediación, en los casos en los que se reconocen los hechos a cambio de algún beneficio procesal²⁸. Esta última se podría afianzar como referente de la actual conformidad premiada del artículo 801 de la LECRIM.

Además, ORTIZ ÚRCULO destaca cómo en la confesión de la culpabilidad del acusado el órgano jurisdiccional deberá comprobar y acreditar fehacientemente determinados requisitos para poder aceptar la *plea of guilty*. En sus palabras, «*que el acusado declare voluntariamente; que lo haga conociendo los hechos por los que se le acusa, los cargos contra él formulados, las penas que se piden y sus límites, así como los derechos constitucionales a los que renuncia; y que el reconocimiento de hechos coincida con aquellos por los que se le inculpa*»²⁹.

4.2. SISTEMA CONTINENTAL: EL MODELO GERMÁNICO

Alemania ha sido el primer país de la órbita cultural europea civilista que consagró la dicotomía entre el principio de legalidad como regla general (§ 152 II StPO) y el principio de oportunidad en lo que corresponde al ejercicio de la acción penal (§ 153 StPO).

El principio de oportunidad, tal y como queda concebido, se plasmó en la legislación procesal alemana desde principios del siglo xx³⁰. En la actualidad, tras la

²⁷ RODRIGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.*, p. 75 y ss.

²⁸ En la doctrina española, destaca DE DIEGO DíEZ, L.A., «Algunos apuntes sobre la 'Plea Bargaining' de los USA», *Justicia: revista de derecho procesal*, 1989, núm. 4, p. 943 y ss.

²⁹ ORTIZ ÚRCULO, J.C., *ob. cit.*, p. 3397.

³⁰ Sin duda, deben reseñarse por su trascendencia tanto la llamada Reforma Emminger de 1924 y la reforma de 1975. Mediante la primera se introdujeron los actuales pgs. 153 y 154 StPO,

superación de los efectos derivados de la Segunda Guerra Mundial³¹ y tras sucesivas reformas, junto al proceso ordinario para el enjuiciamiento de delitos, en el ordenamiento alemán destacan dos tipos de procedimientos orientados a dar una respuesta ágil y rápida, y al mismo tiempo efectiva, a la pequeña delincuencia³²: el proceso acelerado regulado en los parágrafos 212 a 212b StPO, equiparable a nuestros juicios rápidos, con gran protagonismo del Ministerio Fiscal y para delitos que tengan una pena privativa de libertad inferior a un año, y el proceso «por orden penal», regulado en los parágrafos 407 a 412 de la StPO, en el que se dicta una «orden penal», inmediatamente ejecutiva y destinada a penas accesorias y pecuniarias³³.

En Alemania, este principio se restringe a los siguientes supuestos, siguiendo a ARMENTA DEU:

1. Delitos perseguibles mediante acción privada. Es obvio que en estos casos el Estado se halla completamente desinteresado en la persecución de estas conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos esencialmente privados. Es lógico, por tanto, que el principio de oportunidad despliega en este campo su verdadera virtualidad, entre otras cosas, porque no se puede obligar a los particulares a ejercer la acción penal.

La inclusión en este tipo de delitos y en el procedimiento para su enjuiciamiento del principio de oportunidad queda establecido por la posible aparición de Fiscal en la persecución de los mismos, sólo en los casos en que éste estime que concurre algún elemento propio del interés público que motive su personación.

2. Delitos en los que exista un interés contrapuesto al de la persecución penal y de mayor peso que éste. En este segundo grupo de delitos, el principio de oportunidad queda plasmado en la actuación del Ministerio Público. El monopolio de la acción penal, como en otros ordenamientos, corresponde al Fiscal y, por ello, el órgano superior de la organización fiscal, el Fiscal General del Estado, puede acordar en determinados supuestos el archivo de las actuaciones, suavizar las penas o sustituirlas por imposiciones o mandatos. En concreto:

dando entrada al principio de oportunidad en relación a los delitos de escasa gravedad. Mediante la segunda, se suprimió la figura del Juez de Instrucción y se potenciaron, consecuentemente, las facultades del Ministerio Fiscal en relación a la instrucción penal. Véase al respecto ARMENTA DEU, T., «Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrarios en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad», *Justicia: revista de derecho procesal*, 1990, núm. 1, p. 201 y ss.

³¹ ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 56. Dispone la autora citada que el efecto que tuvo en el principio de legalidad la desastrosa situación económico-social en que quedó Alemania fue doble: por un lado, el aumento de los delitos privados y, por otro, la excepción de su aplicación a los menores.

³² GÓMEZ COLOMER, J.L., *ob. cit.*, p. 259.

³³ La doctrina procesalista estima que este proceso es el más cercano a nuestra conformidad, por cuanto requiere el acuerdo entre acusado, Fiscal y Juez. Véase DELMAS-MARTY, M., *ob. cit.*, p. 103 y ss., y ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 28, nota 15.





- a) El Fiscal General del Estado puede desistir del ejercicio de la acción penal o solicitar el archivo de las actuaciones en cualquier momento procesal, cuando la sustanciación del proceso conlleve como consecuencia una grave desventaja para el Estado o cuando se opusieran a la persecución otros intereses públicos superiores.
- b) El Fiscal en la causa podrá o bien archivar las actuaciones sin más o bien ofrecer una pena inferior a la establecida para ese delito en concreto en los casos en los que haya mediado arrepentimiento activo del acusado y éste habilita para el esclarecimiento del hecho o para evitar las consecuencias perniciosas del mismo.
- c) El Fiscal podrá decretar el archivo de las actuaciones si puede ayudar a la víctima de un chantaje no persiguiendo el hecho delictivo con el que está coaccionada cuando dicho delito le sea imputado a ella o a persona con la que exista suficiente proximidad afectiva. Este archivo no se decretará de plano ya que deberán ponderarse los fines de prevención general y especial, la participación del coaccionado en el descubrimiento del chantaje y la existencia de un interés público en la persecución.
- d) En los delitos de escasa importancia, en los que la pena privativa de libertad no alcanza a un año, si se plantea una cuestión prejudicial ante otro orden jurisdiccional civil o administrativo y es resuelta en el plazo señalado por el Fiscal, que también puede variarlo, cabe el archivo del procedimiento penal.
- e) Finalmente, el Fiscal está capacitado para decretar el archivo de la causa siempre que en ésta se esté enjuiciando tipos penales de escasa relevancia, es decir, la denominada pequeña criminalidad o de escasa reprochabilidad. Deben concurrir dos requisitos: escasa culpabilidad y falta de interés público en la persecución. A diferencia de los supuestos analizados en las letras precedentes, este archivo necesita la confirmación del Juez mediante resolución motivada, salvo que concurren además otros tres requisitos, en cuyo caso no es necesaria la intervención del Juez: tratarse de un delito contra la propiedad, haber producido escasos daños y ser mínima la pena. En estos casos se ofrecen al acusado determinadas condiciones o mandatos que ha de cumplir a cambio del archivo.

DELMAS-MARTY ha sistematizado los supuestos del principio de oportunidad en el derecho alemán de diferente manera, estableciendo que la disposición multilateral sobre el proceso tiene tres vertientes: el llamado sobreseimiento por el tribunal sentenciador, el sobreseimiento sometido a condición y la conciliación³⁴.

³⁴ DELMAS-MARTY, M., *ob. cit.*, p. 134 y ss.

De cualquier modo se puede concluir que las posibilidades que ofrece el principio de oportunidad se centran en la llamada criminalidad de masas y siempre en atención a los criterios de prevención general recogido en el párrafo de la Ordenanza Procesal. Así, se puede concluir que tres son los objetivos, desde una óptica de política criminal, de la incorporación del párrafo 153 citado: ofrecer una solución procesal a la criminalidad de bagatela, acelerar el funcionamiento de la Administración de Justicia y agilizar la tramitación procesal y evitar, finalmente, el efecto estigmatizante o desocializante que tradicionalmente ha venido anudado a este tipo de delincuencia³⁵. Es decir, el principio de legalidad y el de oportunidad han coexistido y, al día de hoy, lo hacen, a pesar de que no tenga una consagración constitucional expresa, sin perjuicio de que dicha relación se extrae por la doctrina de la confluencia del principio de igualdad ante la ley con los principios propios de un Estado de Derecho³⁶.

Ahora bien, ¿cuáles han sido las críticas que se han vertido en relación a este sistema? Éstas pueden ser sintetizadas en los siguientes extremos:

La primera de las críticas se centra en la concesión de facultades propias de órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento y fallo de una conducta delictiva a un órgano que no tiene dicho carácter: el Ministerio Fiscal. En concreto, se trata de analizar no sólo si se atribuye al Ministerio Fiscal excesivas competencias en materia procesal a la hora de archivar los procedimientos, sino también por qué dichas atribuciones no necesitan en algunos casos de confirmación judicial³⁷.

La segunda de las críticas que ha recibido este modelo alemán reside en la falta de precisión de los supuestos concretos en que debiera estar regulada la aplicación del § 153 StPO, ya que los conceptos manejados por la norma, como son la «falta de interés público» y «culpabilidad mínima»³⁸, otorgan un margen de discrecionalidad, quizás, demasiado amplio. A mayor nivel de discrecionalidad, a mayor empleo de conceptos jurídicos indeterminados, evidentemente, sería mucho más difícil establecer sistemas de control e intervención³⁹.

Se puede concluir, en suma, que las críticas que se formulan pueden solventarse teniendo en cuenta las finalidades de política criminal y los principios que

³⁵ Véase en este sentido, BARONA VILAR, S., *ob. cit.*, p. 164, y ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 107.

³⁶ DELMAS-MARTY, M., *ob. cit.*, p. 97.

³⁷ Véase ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 62 y ss. Incluso parte de la doctrina alemana considera que esta norma sería inconstitucional, ya que se le estaría otorgando al Ministerio Fiscal funciones propias de los órganos jurisdiccionales. Contra esta posición crítica, se argumenta que el archivo acordado se lleve a cabo en la fase previa del proceso y no en la fase de plenario. La opción que ejercitaría el Fiscal cohonstaría perfectamente el principio acusatorio con las garantías elementales del poder judicial y de la función jurisdiccional.

³⁸ Véase ARMENTA DEU, T. *ob. cit.*, p. 109.

³⁹ Véase ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 108. Reconoce la autora citada que «pese al hecho de los más de sesenta años de vigencia del §153, ni la doctrina ni la jurisprudencia le han otorgado un significado pacíficamente admitido» al concepto de culpabilidad mínima, un sector de la doctrina germana estima que deberían reconducirse a los términos de móvil y finalidad del autor.



deben informar el sistema penal, en aras a salvaguardar los derechos fundamentales en cuestión⁴⁰.

Cuestión aparte es la posibilidad del sobreseimiento por condición. Las críticas, en este punto, son más difíciles de solventar que en el supuesto del archivo. El parágrafo 153a StPO prevé la posibilidad de que se promueva un consenso entre las partes personadas en el proceso. Este consenso es el elemento más significativo del principio de oportunidad, del *plea bargaining*, de la conformidad procesal, con el objeto de acelerar y agilizar el proceso en los trámites que sean necesarios, de tal modo que se promueven por sus efectos los arreglos, convenios o pactos entre las partes procesales con un protagonismo de gran calado en manos del Ministerio Fiscal⁴¹.

Las plasmaciones palpables del principio de oportunidad en el ordenamiento procesal penal alemán no son ajenas al propio sistema, es decir, la propia norma lo permite y lo regula, luego no estamos hablando de un mecanismo que se encuentre al margen de la norma. El principio de legalidad actúa sobre el propio principio de oportunidad, en tanto en cuanto la ley procesal prevé que las partes personadas, dentro de las funciones, facultades y posibilidades de acción que la propia ley establece, actúen de un modo que la misma ley ha previsto. Nada es absolutamente al margen de la ley. Es más, será ésta la que marque los mecanismos de control que puedan fiscalizar estas manifestaciones⁴². Sí es cierto que el punto de equilibrio debe permitir la estabilidad entre, por un lado, el sistema de derechos y garantías procesales establecido y, por otro lado, los beneficios que el principio de oportunidad supone para la agilización, rapidez y consolidación del criterio de economía procesal. Se deberán rodear, por tanto, de verdadera garantías reales para evitar un uso espurio de estos acuerdos, porque, de lo contrario, *«existe el riesgo de que los procedimientos negociados, en la era de la deslegalización y del neoliberalismo, no sean apenas otra cosa que la introducción de la economía de mercado en la administración de la justicia penal»*⁴³.

⁴⁰ En este sentido, ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, p. 64, concluye que no queda otro remedio que aceptar una serie de limitaciones, las cuales siempre deberán fijarse en íntima conexión con las finalidades de política criminal imperantes y las tendencias del Derecho penal.

⁴¹ Véase BARONA VILAR, S., *ob. cit.*, p. 160, y DELMAS-MARTY, M., *ob. cit.*, pp. 677-678, donde consideran que el carácter privado de estas negociaciones escapa a las garantías del proceso.

⁴² TODOLI GÓMEZ, A., «Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por ministerio fiscal», 2008, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200810-45678932584159.html>.

⁴³ DELMAS-MARTY, M., *ob. cit.*, p. 695.

4.3. EL SISTEMA ITALIANO: EL ORIGEN DE LA CONFORMIDAD PREMIADA DEL ARTÍCULO 801 DE LA LECRIM⁴⁴

La línea de simplificación y aceleración de los procedimientos ha cristalizado en el ordenamiento italiano desde las reformas operadas por la entrada en vigor del *Código de Procedura Penale* (CPP), de 22 de septiembre de 1988, cuerpo legal que creó hasta cinco modalidades alternativas y enmarcadas en el principio de oportunidad analizado: *patteggiamento*; *giudizio per decreto*; *giudizio abbreviato*; *giudizio direttissimo* y el *giudizio immediato*⁴⁵.

Las características más notables de cada uno de estos mecanismos son las siguientes. En lo que atañe al *patteggiamento* o pacto, éste consiste en la aplicación por el juez de la pena solicitada por las partes, tanto por la vía del propio imputado como por cauce de la acusación del Ministerio Fiscal, en los supuestos en que la sanción en concreto y reducida hasta de un tercio, no sobrepase los dos años de privación de libertad. En lo que atañe al *giudizio per decreto*, éste se aplica a delitos cuya pena tenga carácter pecuniario y se impone por decreto, sin audiencia preliminar ni juicio oral, reducida a la mitad de la pena prevista en abstracto. En relación al *giudizio abbreviato*, éste implica un incentivo al imputado de la minoración de un tercio de la pena, de conformidad con las pruebas que el Fiscal haya determinado en la instrucción por él controlada. Se puede aplicar a cualquier delito. En relación al *giudizio direttissimo* se celebra a iniciativa del fiscal y prescinde de la audiencia preliminar y se aplica en los casos de delitos flagrantes o mediando confesión, tras haberlo cometido. Por último, el *giudizio immediato* supone la evitación de la audiencia preliminar cuando imputado y Fiscal lo hayan solicitado en atención a la evidencia de unas diligencias probatorias o, igualmente, en los casos en los que el imputado no haya comparecido.

En suma, los sistemas analizados pretenden, por un lado, limitar el modelo inquisitivo de la fase de instrucción en la mayor medida posible⁴⁶ y, por otro lado, imprimir mayor celeridad al procedimiento penal. Ahora bien, una idea que debe ser reseñada es que el sistema italiano adopta el modelo norteamericano de la transacción y del acuerdo procesal pero no de una manera totalmente pura, lo cual hace de este sistema un mecanismo peculiar y distinto.

El *patteggiamento* ha sido especialmente importante en la configuración actual del principio de conformidad en nuestras leyes procesales. Con él se modifica

⁴⁴ Véase BARONA VILAR, S., «La conformidad en el proceso penal italiano: applicazione della pena su richiesta delle parti», *Revista de derecho procesal*, 1994, núm. 1, p. 45 y ss.

⁴⁵ Véase PEPINO, L., «Breve aproximación al sistema procesal italiano», en *Jueces para la Democracia*, 2003, núm. 48, noviembre, p. 97 y ss.

⁴⁶ Véase DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio*, Editorial Comares, 1996, p.281 Reconoce el autor que «la decisión de transformar el modelo en uno de naturaleza adversarial se encuentra indisolublemente unida a la incapacidad de transformar la instrucción diseñada en el Cpp de 1930 a las nuevas exigencias constitucionales en materia probatoria». RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.*, p. 30 y ss., señala como características más destacables del sistema italiano, por un lado, la eliminación de la fase de instrucción prevista en el anterior Código y, por otro lado, el papel reservado al Ministerio Público realizando los actos de investigación necesarios con el fin de ejercitar posteriormente la acción penal.



sustancialmente el papel de las partes personadas puesto que el acuerdo se basa en la solicitud conjunta o prestada por una parte con el consentimiento o aprobación de la otra. Este modelo diferencia, a estos efectos, la «*richiesta*» del imputado del «*parere favorevole*» del Ministerio Fiscal, el cual permitirá, por un lado, un notable acortamiento del proceso y favorece la autosumisión del imputado a una sanción sobre la cual el Ministerio Público se ha mostrado de acuerdo.

De esta manera, las medidas procesales indicadas tienden a la simplificación de la fase instructora del procedimiento ordinario en atención a la funcionalidad del sistema⁴⁷. Para ello, se ha otorgado un mayor nivel de iniciativa en manos de las partes personadas para agilizar el proceso⁴⁸.

Pero la diferencia se centra en que las modificaciones legislativas que en este campo se han producido en el sistema italiano se orientan a potenciar la racionalización de la Administración de Justicia. ¿De qué manera? Pues vinculando la aplicación del principio de oportunidad a tres criterios: la gravedad del delito, su ofensividad; y el perjuicio que pueda suponer el retraso en la prestación jurisdiccional⁴⁹. A todo ello, no hay que olvidar que el artículo 112 de la constitución italiana recoge la obligatoriedad de la acción penal, a diferencia de otros ordenamientos continentales, lo cual ha hecho que las cotas de eficacia de los mecanismos analizados no hayan sido dignas de consideración⁵⁰.

5. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Una vez analizados los distintos modelos de justicia negocial en el derecho comparado, finalmente, corresponde destacar qué ventajas y qué inconvenientes se pueden afirmar de la conformidad procesal como medida alternativa a la pena privativa de libertad y como esencia del principio de rehabilitación y de reinserción social⁵¹.

He sistematizado las mismas desde tres criterios clasificatorios:

⁴⁷ Tal y como lo prevé RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.*, p. 35.

⁴⁸ Señala PEPINO, L., *ob. cit.*, p. 97, que el Código de 1988 nació con el propósito declarado de que la formación de la prueba se llevara a cabo exclusivamente en el juicio oral y con contradicción.

⁴⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *ob. cit.*, pp. 26-27.

⁵⁰ Véase PEPINO, L., *ob. cit.*, p. 97.

⁵¹ Desde la referencia del principio de oportunidad y la mediación penal, véase DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.J., «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2006, núm. 3, p. 1957 y ss.; DURBÁN SICILIA, L., «Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2010, núm. 73, p. 3; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal», *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain* coord. Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi, Iñaki Dendaluce Seguro, 1989, p. 1009 y ss.

Una de las primeras ventajas que se apuntan en este sentido es que, admitida la conformidad procesal, las partes no tendrán que desplegar ante el órgano jurisdiccional toda la batería argumentativa de las pruebas que ya han propuesto y han sido admitidas por el citado tribunal. No es necesario lograr la convicción jurídica del órgano sentenciador respecto a los hechos en pugna, puesto que, por acuerdo de las partes, se admiten. Ello implica, cabalmente, un más que notorio ahorro de recursos para la Administración de Justicia, bien desde el punto de vista personal, bien desde el punto de vista económico. Conlleva, a su vez, una vía de rápida resolución de conflictos de modo sencillo y eficiente.

DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PARTICULARES INTERESES DE LOS SUJETOS INTERVIENIENTES EN EL PROCEDIMIENTO

a) *El Ministerio Fiscal*⁵²

Todas las ventajas que se puedan reseñar respecto de la Administración de Justicia son plenamente aplicables a la Fiscalía. Las razones de eficacia y celeridad en la imposición de penas mediante la vía de conformidad hacen aconsejable el uso de esta técnica procesal, si bien en gran parte de los supuestos, el acuerdo consensuado se haya condicionado a un beneficio penitenciario como en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En suma, consigue una condena sin problemas probatorios, sin riesgo de una posible absolución del acusado, recorta los trámites procesales del procedimiento, reduciendo su carga de trabajo⁵³.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal, publicado en 1996, reconoció que las misiones de éste deberían ser modificadas en el siguiente sentido⁵⁴:

- Atribuir al MF una auténtica instrucción, y no una mera supervisión de la investigación penal.
- Reformar la actual normativa en materia de ejercicio de acciones penales.
- Regular el principio de oportunidad. La recomendación del Comité de Ministros de la CEE de 17/9/1987, sobre simplificación de la Justicia penal⁵⁵, invita

⁵² Véase CRUZ REYEZ, E., «El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la fiscalía?», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 2006, núm. 15, p. 35 y ss.

⁵³ Véase BARONA VILAR, S., *ob. cit.*, p. 191.

⁵⁴ Publicado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996, p. 126 y ss.

⁵⁵ Simplemente cabe apuntar en este sentido que el instrumento internacional en concreto indica, entre otros aspectos, que el principio de oportunidad «debe inspirarse de igualdad y en la individualización de la justicia penal y concretamente teniendo en cuenta: a) gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; b) la personalidad del denunciado; c) la condena que pudiera imponerse; d) los efectos de esta condena sobre el denunciado y e) la situación de la víctima». El principio de oportunidad, según la Recomendación, puede ser puro o simple —acompañado de



a los Estados miembros a introducir dicho principio en el proceso penal. Esta recomendación mantiene que el citado principio «*deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público*», obligando a la autoridad competente a inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de individualización de la justicia penal y teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, personalidad del denunciado, condena a imponer y sus efectos sobre el mismo y la situación de la víctima. En este punto el Consejo Fiscal indicó la conveniencia de su aplicación pero sólo de forma reglada y respecto de los denominados delitos *bagatela*.

b) *El acusado*

En tanto que parte litigante, éste se verá premiado con una reducción de la pena privativa de libertad y permitirá al imputado eliminar la incertidumbre y publicidad consustancial al enjuiciamiento. La representación letrada también se verá beneficiada por la conformidad procesal, ya que en la gran mayoría de los casos estamos en presencia de abogados de oficio al amparo del beneficio de justicia gratuita. Además, si se filtran las ventajas por el tamiz de los fines de la pena privativa de libertad, no es menos cierto que la conformidad procesal supone un instrumento de inestimable ayuda para reducir los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y favorecer de lleno la rehabilitación del sujeto activo del delito.

En el sistema anglosajón, la conformidad beneficia notablemente al acusado toda vez que en cuanto éste atisba la posibilidad de ser condenado, consigue evitar el juicio, siéndole impuesta una pena más reducida de aquella por la que se acusó formalmente en la apertura del juicio oral y comenzando con anterioridad la acción de rehabilitación⁵⁶.

De cualquiera de las maneras, la existencia y los efectos añadidos del acuerdo de conformidad no dejan de implicar una voluntad del inculcado o del procesado de iniciar cuanto antes el periodo de rehabilitación y reinserción social. Por ello y en conclusión, la conformidad procesal no favorece la descriminalización de conductas sino que adelanta los efectos inherentes a las reglas penológicas del CP, como son la reinserción y la rehabilitación, dando cumplimiento fiel a las exigencias de la prevención general y especial de las penas⁵⁷.

advertencia o amonestación— o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, pago de una suma de dinero o la indemnización de la víctima.

⁵⁶ ORTIZ ÚRCULO, J.C., *ob. cit.*, p. 3397.

⁵⁷ En principio no cabría plantear duda alguna acerca de que los elementos de prevención general y especial de la pena y los fines a los que constitucionalmente se orienta, es decir, la reinserción y la rehabilitación ya indicadas, son metas que el principio de oportunidad aplicado al proceso penal puede lograr. En relación con dicho principio se viene manejando el concepto de criminalidad de

Mención especial debe hacerse para la asistencia letrada del acusado, quienes obtienen una notoria reducción de la pena, lo cual les beneficia de cara a su cliente, ahorrando trabajo por el mismo precio.

c) *La víctima*

Las diversas manifestaciones del principio de oportunidad presentan, de igual modo, ventajas en lo que atañe a la figura de la víctima. Así, la conformidad procesal analizada permitirá una pronta reparación del daño causado en todos aquellos delitos en los que se ventilen intereses personales, bien por la exigencia de algún tipo de responsabilidad civil derivada del delito o bien por la propia naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos individuales. Ello sin perjuicio de que la celeridad y la eficacia reparadora de intereses personales pueda venir en otros casos encasillada como una circunstancia modificativa de responsabilidad penal, en concreto, la prevista en el artículo 21.5º del CP.

DESDE LA PERSPECTIVA DEL DELITO COMETIDO

El régimen de la conformidad procesal dependerá en sus consecuencias y ámbito de aplicación de los distintos procedimientos penales. En este sentido esencialmente material, uno de los principales beneficios que reporta la conformidad procesal es la efectiva acomodación que a los sujetos litigantes se les permite hacer de la ley penal a las circunstancias personales o simplemente fácticas del hecho enjuiciado⁵⁸.

bagatela, como aquella que por su escasa cuantía penológica podría acarrear el famoso contagio criminógeno y el fallo en la consecución de los objetivos precisados. Pero, por otro lado, la conformidad en el proceso penal podrá aplicarse en delitos que exceden, en mi opinión, en mucho la cuantía de lo que podríamos considerar propio de la delincuencia de bagatela. Así, PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Madrid, 1994, pp. 28 y 29, considera que hay veces en que se permite acudir a este instituto en situaciones que superan con creces la consideración de infracciones de bagatela, y de la dudosa equivalencia que se predica entre el reconocimiento de la propia responsabilidad y la rehabilitación del delincuente. Ahora bien, como ya ha quedado expuesto, estos problemas quedan totalmente resueltos aplicando el principio de oportunidad con el límite que supone el principio de legalidad. Por tanto, inserción, rehabilitación, prevención general y especial son nociones compatibles con el principio de oportunidad y, a su vez, objetivos plenamente alcanzables por él.

⁵⁸ En nuestra doctrina científica estos postulados han encontrado eco, entre otros, en GIMENO SENDRA, V., «Los procedimientos penales simplificados», *Poder Judicial*, 1987, núm. especial II (Jornadas sobre la Justicia Penal en España), p. 31 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Legalidad versus oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos», *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983, p. 717 y ss., así como de este mismo autor, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», *Poder Judicial*, 1989, núm. especial VI (Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), p. 17 y ss.; y VIVES ANTÓN, T.S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *Poder Judicial*, 1987, núm. especial II (Jornadas sobre la Justicia Penal en España), p. 93 y ss.



Esta flexibilización de la norma penal sustantiva encuentra su caldo de cultivo ideal en la ya referenciada criminalidad de bagatela⁵⁹. Por eso, el principio de oportunidad debe ceñirse por razones de utilidad pública o interés social a la escasa lesión producida por el delito, sin perjuicio de que haya mayor o menor interés público, en manos del Ministerio Fiscal, para la persecución del delito.

No se ha de olvidar que las posiciones que abogan por el principio de oportunidad y por la conformidad procesal como medio de agilización del proceso penal centran sus postulados en la pronta reparación para la víctima del daño que el delito le haya causado⁶⁰.

Es tradicional en la doctrina, y así se trasluce de los modelos de derecho comparado analizados, que uno de los objetivos esenciales que motivan la implantación y el desarrollo de los mecanismos de conformidad procesal es el de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y el favorecimiento del proceso de rehabilitación, reinserción y resocialización del delincuente, incluso, como es en el caso francés, sometiendo el acuerdo procesal a que el delincuente se someta voluntariamente a un tratamiento de estas características.

También se puede apuntar, en estas conclusiones, que el principio de oportunidad y sus distintas plasmaciones, pero en esencia la conformidad procesal, tiende sin duda a favorecer la garantía constitucionalmente admitida en el artículo 24.2 de la CE de tener derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Máxime cuando esta circunstancia ha alcanzado, en virtud de la última reforma del CP, aprobada por Ley Orgánica 5/2010, el carácter de atenuante, dentro del catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, del artículo 21.6.

Recibido: 9-3-2011. Aceptado: 28-10-2011.

⁵⁹ En este sentido, señala BARONA VILAR, S., *ob. cit.*, pp. 217-218.

⁶⁰ Si bien, como se ha visto en el apartado correspondiente, este aspecto es criticado en la doctrina alemana, no es menos cierto que se mantiene plenamente operativo en otros países de nuestro entorno, como Inglaterra, Escocia, Bélgica o Noruega.