

# El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho penal?<sup>1</sup>

Inés Olaizola Nogales<sup>2</sup>

## Resumen

En el presente artículo se analizan las ventajas y desventajas que podría tener la aplicación del principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico español, y se fundamenta una posición crítica frente a la aplicación de dicha figura, a partir de la concepción del derecho penal como un conjunto de garantías frente al poder punitivo del Estado.

## Palabras clave

Proceso penal, principio de oportunidad, derecho penal, garantías.

## Abstract

The author presents the advantages and disadvantages that could have the application of the prosecution principle in Spain, offering a critical position about his application when the prosecutor declines the criminal persecution, starting from a vision of the criminal law as a group of guaranties for the citizens.

## Keywords

Criminal process, prosecution principle, criminal law, guaranties.

---

1 El trabajo se inserta en el Proyecto de investigación Ministerio de Ciencia e Innovación DER2010-16558, en el Proyecto solicitado DER2013-47511-R Ministerio de Economía y Competitividad, MINECO y en el proyecto también solicitado de la Junta de Castilla y León en fase de evaluación dirigidos todos ellos por el prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

2 Profesora Universidad Pública de Navarra. Contacto: ines@unavarra.es

## Sumario

1. Introducción. 2. Posibles ventajas de la conformidad. 2.1 Descongestión de la Administración de Justicia. 2.2 Eliminación de la criminalidad de bagatela. 2.3 Mayor proporcionalidad e individualización de las penas. 2.4 Favorecimiento de la resocialización del condenado y más pronta reparación a la víctima. 3. Posibles riesgos de la conformidad. 3.1 Vulneración de la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE). 3.2 Prioridad de la verdad formal frente a la verdad material. 3.3 Vulneración del principio de igualdad. 3.4 Vulneración de las exigencias de seguridad jurídica. 4. Conclusiones

### 1. Introducción

A *priori* puede parecer contradictorio hablar de consenso y de mecanismos de oportunidad para solucionar los conflictos penales, teniendo en cuenta que en nuestro sistema rige el principio de legalidad y la indisponibilidad del proceso. Conforme al art. 124 de la Constitución el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercer la acción penal siempre que tenga conocimiento de un hecho delictivo. Además no debe olvidarse que el conflicto penal no atañe únicamente al agresor y a la víctima, sino que trasciende a ellos e implica al interés público. En este sentido, es por todos sabidos que nuestro proceso penal se encuadra en el procedimiento continental europeo en el cual el juez tiene la misión de dirigir personalmente la prueba y de buscar la verdad material. La fiscalía y el acusado no tienen ningún poder de disposición, por ello, la práctica de la prueba y la determinación de la sentencia no pueden ser sustituidas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado. Frente a este sistema, el sistema norteamericano, el *plea berarning*, se caracteriza por la negociación entre la fiscalía y la defensa que puede llevar, a través del reconocimiento de la culpabilidad, a importantes efectos de reducción de la pena, puesto que una vez que el acusado conoce formalmente el contenido de aquellos delitos que se le imputan, el acusador público le ofrece la posibilidad de llegar a un acuerdo. Las opciones para los fiscales son casi ilimitadas, puesto que no solo pueden ofrecer la reducción de la pena, sino también su sustitución o el cambio del título de la imputación. Pero no solo en Estados Unidos, sino también países de nuestro entorno, como Alemania, Italia, Portugal, entre otros, van introduciendo en la legislación fórmulas de consenso y de oportunidad<sup>3</sup>. Por otro lado, si nos acercamos a la realidad de

3 Ampliamente sobre las legislaciones de EEUU y de países de nuestro entorno, CÁNDDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal", en: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, (1009-1023), pp.1014 y ss.; TERESA ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, 56 y ss.; SILVIA BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994,

nuestros tribunales nos daremos cuenta de que va ganando terreno la idea del consenso o del acuerdo en el proceso penal. Así, por ejemplo, la elaboración de una investigación teórica-empírica sobre la delincuencia de menores durante el periodo comprendido entre los años 2005 al 2010 en Navarra me hizo comprobar que el nivel de conformidades en este ámbito tanto en Navarra como en el resto de España alcanzaba cifras del 78,06%<sup>4</sup>. Pero ello también es una realidad en el proceso penal de adultos. Así, en la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013 se ofrecen unos datos que dejan pocas dudas. En el año 2012 en los enjuiciamientos rápidos el 72% de las sentencias condenatorias lo fueron por conformidad y en los procedimientos abreviados alcanzó un 69%. Por otro lado, la propuesta de reforma de la LECrim, elaborada por el Gobierno, apuesta, como se indicará a lo largo de este trabajo, por incrementar los supuestos en los que cabe la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal. En paralelo a lo dicho, aunque no tienen el mismo origen, cada vez cobra más fuerza la idea de la Justicia restaurativa: la conciliación, la mediación y la reparación, que, desde una óptica distinta a la de la conformidad, también buscan modos de lograr acuerdos entre el agresor y la víctima para solucionar el conflicto penal.

En este trabajo, al hilo de la situación legislativa actual y la propuesta de regulación futura del principio de oportunidad, en general<sup>5</sup>, y de la conformidad en particular<sup>6</sup>, plantearé las ventajas e inconvenientes que se derivan de este principio y, teniendo en cuenta el título del artículo, valoraré si el favorecimiento del consenso supone un avance hacia un Derecho penal más moderno o por el contrario nos lleva a

---

pp.87 y ss.; JOSÉ LUIS MARTÍN DELPÓN, "El principio de oportunidad. Análisis de derecho comparado", en: *Anales de de la Facultad de Derecho*, 2011, (187-206), pp.197 y ss.

- 4 En el estudio se ve una evolución ascendente del porcentaje de sentencias por conformidad. Así de un 75,38% en el año 2005 se pasa a un 83,06% en el 2006. INÉS OLAIZOLA NOGALES/, SOLEDAD BARBER BURUSCO / LETICIA JERICÓ OJER/ PAZ FRANCÉS LECUMBERRI, "La justicia de menores en Navarra: seis años de actividad (2005-2010)", en: *Revista Jurídica de Navarra* 53-54 (2012), (11-69), 62 s.
- 5 Parto de la definición del principio de oportunidad que ofrece LUIS ALFREDO DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 211: "La facultad del titular de la acción penal para disponer en ciertas ocasiones de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado un hecho punible".
- 6 Incluyo en el concepto de conformidad tanto los allanamientos de la defensa a la pretensión penal, como ciertas transacciones penales incorporadas a partir de la LO 7/1988 cuando se le confiere al acusado la posibilidad de formalizar su conformidad conjuntamente con el escrito del Ministerio Fiscal (auténtico pacto), y la "cláusula premial" incorporada por LO 8/2002 para los juicios rápidos que incorpora una rebaja automática de la pena de prisión de un tercio cuando se den los requisitos indicados en el art. 801 LECrim. Este último caso que todos los autores estudian al analizar el principio de oportunidad no es en sentido estricto tal, porque en él el Ministerio Fiscal no tiene opción de negociar nada ni tampoco el propio acusado, sino que se trata más bien de un supuesto en el que el acusado se adhiere a la pretensión penal y el Juez de Guardia (sin que el Ministerio Fiscal pueda evitarlo), rebajará automáticamente en un tercio la pena de prisión, se trata más bien de un premio a la colaboración. Vid. En este sentido, LUIS H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005, pp.59 yss.

un retroceso y a una crisis del Derecho penal de garantías. Como afirma Schünemann<sup>7</sup> hasta hace pocos años el sistema continental europeo era considerado como el más moderno porque resultaba más compatible con los fundamentos normativos de la jurisdicción penal del Estado. Por contra, el sistema norteamericano se veía como un procedimiento inadecuado porque no garantizaba la búsqueda de la verdad material ni el trato igualitario de autores de similar culpabilidad. Sin embargo, desde hace algunos años se han producido importantes reformas en favor del principio de oportunidad –en España destacan la LO 7/1988, de 28 de diciembre, la LO 10/1992, de 30 de abril y la LO 8/2002 y ordinaria 38/2002, de 24 de octubre- y habrá que analizar si dichas reformas se pueden valorar positivamente.

Dejo, por razones de espacio para otro trabajo, el análisis comparativo entre la conformidad y otras fórmulas de consenso como la conciliación o la mediación, aunque al hilo del estudio señalaré algunas cuestiones comunes y diferentes de ambas.

## 2. Posibles ventajas de la conformidad

### 2.1 Descongestión de la Administración de Justicia

Afirma Vives Antón, que el proceso penal, tal y como se desarrolla en realidad, está plagado de corruptelas que cabe atribuir a los distintos sujetos que en él actúan y que no contribuyen precisamente a incrementar ni la eficacia ni las garantías. El actual diseño procesal a través del cual se busca alcanzar la oralidad, la contradicción, la celeridad, etc, es totalmente inadecuado para lograrlas. Pero incluso, añade este autor, se trata de un sistema que aun funcionando correctamente y con toda diligencia considera que puede ser un “plazo razonable” la permanencia en prisión provisional durante tres años y ello solo se puede explicar porque es un sistema que descansa en presupuestos completamente inadecuados<sup>8</sup>.

No cabe duda de que le asiste la razón a Vives Antón en las afirmaciones anteriores y cuando añade que la duración de las prisiones provisionales y la duración de los procesos no es un problema secundario, porque afecta profundamente a los derechos fundamentales del procesado y a la eficacia del sistema penal. Desde luego, la pena no cumple su función ni de prevención general ni de prevención especial si se

7 BERND SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, (Traducción de Silvina Bacigalupo), en: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 8 (1991), pp.49-58

8 TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en: *Poder Judicial nº Especial II*, 1988, (93-128), p.95.

impone después de años de ocurridos los hechos, además el tiempo también deteriora el significado y la validez de las pruebas<sup>9</sup>.

Ante ello, el principio de oportunidad y concretamente la conformidad aparecen como modos idóneos para la descongestión de la Administración de Justicia, a través de la agilización del procedimiento penal, cumpliendo con el derecho que tiene todo procesado a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 Constitución)<sup>10</sup>.

Sin embargo, en mi opinión ese razonamiento no es suficiente para justificar la introducción de fórmulas de oportunidad en el proceso. Cuando esa sea la única razón esgrimible, hay que rechazarla, pues lo que habría que exigir es más bien una mayor dotación de medios personales y materiales para una correcta administración de justicia<sup>11</sup>. Se trata de un argumento económico que en mi opinión no es aceptable en el Derecho penal y que puede acabar en un “mercadeo” del *ius puniendi*<sup>12</sup>. Merecen especial atención las reflexiones al respecto de Andrés Ibañez, quien afirma que el argumento económico tiene trampa porque prescinde de los presupuestos extrajurídicos, extraprocesales y sociopolíticos del exponencial crecimiento de los *inputs* del proceso penal<sup>13</sup>. Tiene razón este autor, porque vivimos en la esquizofrenia constante de tratar, por un lado, de resolver cualquier conflicto a través de la vía penal, produciendo una enorme inflación de la legislación penal que es cada vez más amplia y más dura y sin embargo, desde el ámbito procesal se introducen cada vez más fórmulas que cuestionan la conveniencia de si es oportuna o no la persecución de una conducta descrita en la ley como delito. Resulta chocante que se aluda a argumentos

9 Vives Antón, PJ, nº Especial II, 1988, pp.95 y s.

10 Así, la mayoría de los autores que han estudiado el tema reconocen que la introducción de elementos de oportunidad en el proceso conlleva como ventaja fundamental el acortamiento de los procesos y la aceleración de la Administración de Justicia. En un momento como el actual, en el que la Administración de Justicia se encuentra desbordada de asuntos, todo lo que suponga fomentar la celeridad del proceso se valora positivamente. Así, por ejemplo, TERESA ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, 1991, 194; *Lecciones de Derecho procesal penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, 35; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, 1994, 228; DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, 1997, 226; LUIS MARÍA URIARTE VALLIENTE, “La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002”, en: *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, nº 1943, 2003 (1921-1970), 1925; VICENTE GIMENO SENDRA, “La conformidad premiada de los juicios rápidos”, en: *La Ley Penal 5 (2004)*, (5-14), 7; RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES, “Hacia un nuevo proceso penal (Investigación y juicio de acusación)”, en: *Estudios Penales y Criminológicos 2009*, (207-269), 228 ss.; JOSÉ LUIS MARTÍN DELPÓN, *AFD* 2011, p.188.

11 MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La reparación o tercera vía* (trabajo aún inédito), 2003.

12 ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, “Disponibilidad el objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal”, en: *Revista General de Derecho*, 1992, (9853-9903), 9885.

13 PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, en: *Teoría & Derecho ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007-1, (10-27), p.15.

de economía procesal o de descongestión de la Administración de Justicia para justificarlo mientras se incorporan en cada reforma penal más número de conductas calificadas de delictivas<sup>14</sup>. Si se quisiera terminar con la congestión de la justicia penal debería empezarse por dotar a juzgados de los medios humanos y materiales suficientes<sup>15</sup> y además por aplicar seriamente el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, pero sobre esta idea volveré más abajo.

Pero es que además, si se revisa el documento que valora el cumplimiento del protocolo sobre conformidades de la Fiscalía General del Estado<sup>16</sup> se comprueba que uno de los problemas detectados es que no se consigue el ahorro procesal pretendido porque una de las principales disfunciones que se observa es el hecho de que la representación de las partes no obre con la suficiente antelación respecto a la fecha del juicio<sup>17</sup>. El documento advierte de que las conformidades en la fase de instrucción resultan anecdóticas. En la práctica la mayor parte de las conformidades se solicitan el mismo día del juicio oral o pocos días antes, de manera que no se reduce la carga de trabajo de los órganos de enjuiciamiento y no se evitan las molestias a los ciudadanos implicados en el enjuiciamiento<sup>18</sup>.

Sin embargo, y a pesar de no lograr el ahorro pretendido, debe tenerse en cuenta que, por el contrario, se priva a las partes de un juicio oral y público y de la conformación de la prueba<sup>19</sup>.

---

14 ANDRÉS IBÁÑEZ, *Teoría & Derecho*, 2007-1, 17: "Especialmente incompatible con el principio de legalidad es la actual inflacionaria y tendencialmente creciente tipificación de conductas de imposible persecución real. Paradójico presupuesto ideal, en cambio, para fundar el recurso a usos discrecionales y ejercicios facultativos de la acción penal. Como también para justificar la privación de enjuiciamiento a enteras categorías de imputados –induciendo su consenso al respecto mediante las conocidas técnicas procesales coactivas-disuasorias– con el insidioso argumento económico".

15 Cada vez es más frecuente y extendido el discurso político que tacha los gastos necesarios para dotar las garantías procesales como improductivos, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Teoría & Derecho*, 2007-1, p.21.

16 Se trata de un anexo a la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013 sobre *Valoración del cumplimiento del protocolo sobre conformidades y referencia a las experiencias sobre mediación penal*.

17 También lo señala, JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO, "La "conformidad" en el proceso penal español", en: *biblio.juridicas.unam*, (326-342), p.332.

18 Con el fin de solucionar esta situación algunos Juzgados de lo Penal, según el documento, han puesto en marcha sistemas mediante los que se convoca a una primera comparecencia previa (carente por completo de cobertura legal) a los efectos de sondear las posibilidades de alcanzar una conformidad. Parece obvio, y así lo recoge el documento, que estas comparecencias entrañan riesgos para la imparcialidad de quien está finalmente llamado a juzgar. Además, y al no tener cobertura legal, no hay unidad de actuación y mientras algunas fiscalías son contrarias a estos señalamientos, en otras se producen con regularidad.

19 El principio de oportunidad no se recoge igual ni tiene las mismas consecuencias en los distintos procesos. Brevemente se puede diferenciar según el tipo de proceso: 1) en el proceso ordinario hay dos momentos procesales para la conformidad: a) en el escrito provisional de defensa (art. 655 LECrim.) y b) al inicio de las sesiones del juicio oral antes de de la práctica de la prueba (arts. 688-700 de la LECrim.)

## 2. 2 Eliminación de la criminalidad de bagatela

Se argumenta por parte de algunos autores que la introducción del principio de oportunidad permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos punibles, eligiendo la persecución de aquellos en los que existe un verdadero interés social y excluyendo las bagatelas penales, esto es, los hechos con un mínimo de interés social y en los que la pena carece de significación. Aquellos casos en los que el castigo del hecho típico se revele como causante de males mayores que los que provocaría su impunidad, por ejemplo, por tratarse de restos de una legislación obsoleta o de delitos primarios leves y circunstanciales, o porque por el propio interés de la víctima convenga evitar la publicidad del enjuiciamiento o porque las condiciones del hecho y su autor aconsejen sustituir la pena por otro tipo de medida jurídica más adecuada<sup>20</sup>.

Creo que en este punto adquieren especial relevancia las consideraciones que Vives Antón realizó como vocal del Consejo General del Poder Judicial y ponente del informe del Anteproyecto de CP de 1992:

El principio de necesidad de ejercicio de la acción penal debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés

---

En ambos casos el acusado y su letrado manifiestan su voluntad de aceptar íntegramente la calificación provisional de la acusación más grave, no se trata de una auténtica solución negociada, sino más bien de un supuesto de allanamiento de la defensa. 2) En el procedimiento abreviado se diferencian distintos momentos: a) conformidad ante el juez instructor (art. 784 LECrim.), distinguiéndose dos modalidades: la conformidad del acusado en el mismo escrito de defensa (art. 782.3 LECrim.) y la conformidad conjunta que presentan las partes acusadoras, el acusado y su defensa en un nuevo escrito (art. 782.3 LECrim.); b) antes de iniciarse la práctica de la prueba –es el supuesto más utilizado- puede haber dos maneras de conformidad: a) iniciativa de la defensa, con la conformidad del acusado presente, o conjuntamente por defensa y acusación mediante un nuevo escrito de acusación que se presenta entonces (art. 787.1 LECrim.). Además el art. 779.1.5º recoge el reconocimiento de los hechos, que no es propiamente un supuesto de conformidad, pero que conviene indicarlo por su cercanía. Este reconocimiento de los hechos en sede judicial hace que concluya la fase instructora y la fase intermedia y conduce a la posibilidad de que se abra el trámite de conformidad que para los juicios rápidos regula el art. 801 de la LECrim. 3) En los juicios rápidos, cuyos requisitos vienen recogidos en el art. 800 LECrim, la conformidad adquiere una singular importancia. Está regulada en el art. 801 LECrim y se refiere a aquellos casos en los que la pena del delito o la suma de las penas de los delitos no supere los tres años de privación de libertad, multa de cualquier cuantía o penas de otra naturaleza no superiores a diez años y haya una petición de pena privativa de libertad reducida en un tercio que no supere los dos años. En estos casos, el acusado, asistido por su abogado podrá allanarse a la pretensión penal y el Juzgado de Guardia impondrá la pena solicitada reducida en un tercio aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el CP. Extensamente, Uriarte Valiente, *BMJ* año 57, nº 1943, 2003, pp.1921 y ss.

20 CÁNDDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *LH-Beristain*, 1989, 1018; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, 1994, 229; DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, 1997, 202 ss.; Gimeno Sendra, *LLPenal* 5 (2004), 7; CASTILLEJO MANZANARES, *EPCrim*, 2009, 228 ss.; MARTÍN DELPÓN, *AFD* 2011, 206; ARMENTA DEU, *Lecciones*, 7ª, 2013, p.35.

social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una *poena naturalis* u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el necesario recurso al Derecho criminal, siempre desde luego con la posibilidad de ulterior control judicial<sup>21</sup>

En principio yo no comparto la idea anterior y estoy de acuerdo con un importante sector doctrinal que considera que no debe ser tarea del Derecho procesal la no persecución de aquello que, conforme al Derecho penal sustantivo, está tipificado. Sería atribuirle al aplicador del Derecho una labor legislativa que no le corresponde, ello sin contar con las posibles vulneraciones de principios básicos como el principio de igualdad o el principio de seguridad jurídica que trataré más adelante. Es verdad, como también afirma Vives Antón, que, mientras se critica desde ciertos sectores la conformidad, en la práctica se aplica subrepticamente y que por ello es mejor regularla para que no se vulneren las garantías constitucionales<sup>22</sup>. Sin embargo, creo que tiene razón De la oliva Santos, cuando emite un voto particular al Informe del Consejo General del Poder Judicial antes citado sobre el Anteproyecto de CP de 1992 en el que afirma lo siguiente:

A mi parecer, la innecesariedad del recurso al Derecho criminal no puede plantearse como algo externo a las normas propias de ese Derecho y confiado casuísticamente a ciertos protagonistas procesales... No es difícil comprender que esa vía conduciría a un mecanismo de punición o no punición que se hallaría real y verdaderamente en las antípodas de la noción universalmente admitida del principio de legalidad y de la eficacia que generalmente se le atribuye y se le reconoce. Por no hablar de la igualdad en la aplicación de la ley. El reto de no castigar –o de castigar más levemente.- lo que ante el caso real, parece, por causas y motivos plausibles, que no merece sanción o la merece menor, es, a mi juicio un desafío de perfeccionamiento del propio Derecho penal sustantivo<sup>23</sup>.

En mi opinión, no puede entenderse desde un punto de vista de lógica legislativa que se predique por un lado la no necesidad de la persecución y correspondiente punición de los delitos bagatela, acudiendo a fórmulas de oportunidad, mientras que por otra parte desde la legislación penal se aboga por la introducción de cada vez más preceptos que tipifican conductas de estas características. Si se revisa el proyecto de reforma de CP que ha presentado el actual Gobierno se puede comprobar como precisamente muchas de las conductas que hasta ahora constituían faltas, infracciones

21 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de CP de 1992. Este autor expone ideas similares en: PJ n° especial II, 1988, pp.107 y ss.

22 VIVES ANTÓN, *PJ n° Especial II*, 1988, p.109.

23 Voto particular al informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de reforma de CP 1992. Está íntegramente recogido en, DE LA OLIVA SANTOS, *RGD* 1992, pp.9878 y ss.

penales del libro III CP, pasan a convertirse en delitos leves y a incorporarse al Libro II a pesar de seguir constituyendo conductas poco lesivas<sup>24</sup>. Por su parte las penas cortas de prisión eliminadas en parte en el CP 1995 fueron introducidas a través de la reforma por la LO 15/2003 del CP, que volvió a incorporar la pena mínima de prisión de tres meses. Sin embargo, la propuesta de reforma de la LECrim introduce el archivo de la investigación por oportunidad reservándolo para los supuestos de delitos castigados con pena que no exceda de dos años de prisión y, por otra parte, en los casos de delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión la reforma propone la posible suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, condicionándola a determinadas obligaciones o reglas de conducta<sup>25</sup>. Es difícil responder a la cuestión de

24 Así, por ejemplo, en el Título I del Libro III las faltas de lesiones del art. 617 CP se transforman en delitos leves; en el Título II, las faltas contra el patrimonio, todas las infracciones, salvo la recogida en el art. 626, han sido incorporadas al Libro II como nuevos subtipos atenuados; del Título III todas las faltas contra los intereses generales, salvo la infracción del art. 630 CP, se reconducen a figuras atenuadas de delitos; Del Título IV cabe destacar que la infracción del art. 635 se eleva a la condición de delito como subtipo atenuado del art. 203 CP. La transformación de estas faltas en delito, además de mayor pena, vendrá acompañada de otras consecuencias que implican un mayor rigor punitivo. Por ejemplo, se puede acompañar la pena leve de las prohibiciones contempladas en el art. 48, o puede caber la imposición de medidas de seguridad o puede incrementarse, hasta duplicarse, el tiempo necesario para la prescripción del delito. También en la fase de ejecución se revela este endurecimiento puesto que la posible suspensión de las penas leves puede llevar aparejada la imposición de numerosas medidas relacionadas en el art. 83 CP. Ampliamente sobre este tema, CONCEPCIÓN SÁEZ RODRÍGUEZ/ EDUARDO SANTOS ITTOIZ, "La derogación de las faltas en el Anteproyecto de reforma del Código Penal", en, <http://libros.otroderechopenal.com/DerogacionFaltas.pdf>.

25 Por razones de espacio no puedo exponer detalladamente la propuesta de reforma de la LECrim, pero sí quiero resaltar algunas cuestiones. La primera es que se reconoce expresamente el principio de oportunidad en el art. 58 como la posibilidad por parte del Ministerio Fiscal de abstenerse de ejercitar la acción penal. La segunda es que se admite la posibilidad de *terminación del proceso por conformidad* (arts. 137 ss.), entendiéndose que el proceso podrá concluir si la defensa acepta expresamente los hechos, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones. No hay en este caso límite de pena y, en caso de que haya conformidad la pena se podrá rebajar en un grado. El control de la legalidad lo efectuará el Juez de conformidad que será diferente al Juez encargado del enjuiciamiento. No cabrá conformidad transcurridos diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral. La tercera consideración es que se introduce la posibilidad de terminación por oportunidad (arts. 148 ss.). En estos casos se indica que el Fiscal General del Estado dictará las instrucciones precisas para asegurar la unidad de actuación. Así, cabe el *archivo de la investigación* por razones de oportunidad para las faltas y los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, multas de cualquier extensión o con penas privativas de derechos de hasta diez años, siempre que la incidencia del hecho punible resulte mínima, dado el tiempo transcurrido desde su comisión o las circunstancias en que este se produjo, pueda reputarse una mínima culpabilidad del responsable o la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave. Se recoge también la suspensión del procedimiento en los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años con la condición de que el investigado cumpla con algunas reglas de conducta y siempre que haya reconocido su responsabilidad sobre la comisión de los hechos, se comprometa expresamente al cumplimiento de las reglas de conducta y la víctima haya prestado su consentimiento. Se introduce el *archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal y el archivo por colaboración activa contra una organización criminal*. Por último se regula

por qué por un lado se agrava la respuesta penal frente a la criminalidad de bagatela y por otro se pretende fomentar su no persecución procesal.

Tiene razón Dulce Santana cuando indica que se trata con esta técnica de instaurar un principio de intervención mínima pero no en su correcto entendimiento y enclave sustantivo sino en un extraño ámbito procesal que le es ajeno, de manera que la descriminalización de determinadas conductas no se produce por su destipificación, sino por una inaplicación de los preceptos por la inactividad del órgano encargado de su persecución<sup>26</sup>. En parecido sentido afirma Andrés Ibáñez que es incompatible con el principio de legalidad la actual inflacionaria y tendencialmente creciente tipificación de conductas de imposible persecución real, que supone un paradójico presupuesto ideal, en cambio, para fundar el recurso a usos discrecionales y ejercicios facultativos de la sanción penal<sup>27</sup>.

### 2. 3 Mayor proporcionalidad e individualización de las penas

Señala Vives Antón que el principio de oportunidad y la negociación de la conformidad permiten dotar de realidad concreta el principio de que no deben imponerse más penas que las estrictas y absolutamente necesarias<sup>28</sup>. Sin embargo, como afirma Schünemann las atenuaciones a la pena producto de las capitulaciones procesales del acusado no hacen posible hablar de una seria individualización de la pena. En primer lugar porque desde el punto de vista de la determinación de la pena por la culpabilidad por el hecho, esta solo puede modificarse dentro de límites modestos por sucesos posteriores a la realización de la acción<sup>29</sup>. Pero tampoco desde los fines de prevención cabe hablar de una individualización ya que desde el punto de vista de la prevención general, la amenaza de una pena esencialmente atenuada para el caso de estar dispuesto a confesar para reducir la duración del proceso penal sepulta la seriedad de la norma y el respeto del pueblo frente a tales prácticas. Y desde el fin de prevención especial el sujeto condenado será consciente de que no está siendo condenado atendiendo a la gravedad del hecho, sino a consideraciones

---

también la posibilidad de que el Fiscal General del Estado pueda decretar el archivo total o parcial de cualquier procedimiento de investigación cuando la continuación del mismo pueda suponer un grave riesgo para la seguridad nacional.

26 DULCE MARÍA SANTANA VEGA, "Principio de oportunidad y sistema penal", en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1994, (105-136), 115. El propio CONDE PUMPIDO FERREIRO, *LH-Beristain*, 1989, 1022 reconoce que "el principio de intervención mínima que debe regir un Derecho penal democrático obliga a reservar la acción penal no sólo para la tutela de aquellos bienes que son dignos de protección, sino que además están necesitados de esa tutela penal".

27 ANDRÉS IBÁÑEZ, *Teoría & Derecho*, 2007-1, 17; en sentido parecido, MARTÍN DELPÓN, *AFD* 2011, p.200.

28 VIVES ANTÓN, *PJ*, n° *Especial II*, 1988, p.110

29 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ* 8 (1991), p.57.

extrañas tales como haber aceptado una determinada calificación o una pena<sup>30</sup>. Ello sin tener en cuenta que en los juicios rápidos, una vez reunidos los requisitos contemplados en el art. 801.1. LECrim y efectuado el control judicial favorable, la ley impone preceptivamente al juez el deber de dictar sentencia de conformidad, en la que impondrá automáticamente la pena privativa de libertad solicitada reducida en un tercio, sin que las partes acusadoras puedan oponerse a esta rebaja y produciéndose la misma reducción en todos los casos<sup>31</sup>.

## 2. 4 Favorecimiento de la resocialización del condenado y más pronta reparación a la víctima

1) Otra ventaja que se alega para apoyar el principio de oportunidad es que la introducción de fórmulas de consenso y la posibilidad por parte del Ministerio Fiscal de suspender la acusación cuando el imputado se someta a unas determinadas medidas promotoras de su resocialización favorece la anticipación de la recuperación o resocialización del sujeto, evitándose el juicio oral y los efectos estigmatizadores que conlleva. Al adelantarse la recuperación del sujeto hay más posibilidades de eficacia<sup>32</sup>.

Creo sin embargo que también cabe hacer algunas objeciones a esta posible ventaja. En primer lugar, porque muchas manifestaciones del principio de oportunidad no suponen, como se ha visto auténticas soluciones negociadas. Pero además, cabe poner en duda que incluso la conformidad suponga una verdadera fórmula de consenso. Estoy de acuerdo con Schünemann en que con los acuerdos de conformidad no se garantiza un consenso, sino solo un compromiso al que la parte más débil debe adherirse. Se produce así, por el juego de la negociación, que el más poderoso impone sus fines pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica<sup>33</sup>. El hecho de que en algunas ocasiones pueda llegar a hablarse de consenso

---

30 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 57; SANTANA VEGA, *ADPCP* 1994, p.122.

31 Algún autor considera que esta rebaja de pena no corresponde en estricto sentido a una manifestación del principio de oportunidad porque la ley lo configura como un derecho del acusado sin que parezca necesaria la existencia de una negociación o de un acuerdo y porque la rebaja de pena tampoco se hace depender de ningún comportamiento resocializador del acusado. Así, CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, 2005, pp.67 y s.

32 Así lo expresa, CONDE PUMPIDO FERREIRO, *LH-Beristain*, 1989, 1018 s.; también, DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, 1997, 238; URIARTE VALIENTE, *BMJ año 57*, nº 1943, 2003, 1925 s.; GIMENO SENDRA, *LLPenal 5 (2004)*, 7; MARTÍN DELPÓN, *AFD* 2011, p.204.

33 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 55. En el mismo sentido, Barona Vilar, *La conformidad en el proceso penal*, 1994, 237; Chozas Alonso, *biblio.juridicas.unam*, 340. Estos autores añaden además que debe tenerse en cuenta que en los acuerdos informales hay total omisión de garantías, el acusado sólo recibe información de su abogado, florece la instrucción y decae el juicio oral y debe considerarse que la instrucción no refleja la visión crítica del acusado, sino que en muchos casos solo se refleja la visión policial.

no garantiza que ello ocurra en la mayoría de las ocasiones. Antes bien al contrario puede existir el peligro de que la promesa de ventajas procesales lleve aparejado el riesgo de tener como reverso una amenaza de desventaja en caso de no aceptar el pacto como una forma de coaccionar a la confesión<sup>34</sup>. Así, se pueden poner como ejemplo las sentencias del TC 75/2007, de 16 de abril y la 76/2007, de 16 de abril que responden ambas a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Murcia de 20 de octubre de 2010, en la que se refleja la constatación de este riesgo. En la sentencia del Juzgado de Murcia se dirime un supuesto de robo con fuerza en grado de tentativa por parte de dos sujetos. En la sentencia se impone la pena máxima y se deniega la suspensión de la ejecución de la misma. Entre los argumentos destacan algunos que, a mi modo de ver, no tienen desperdicio:

La no imposición de la pena en el grado mínimo se justifica, por un lado, en que eso es lo que se les ofreció para el caso de que se conformaran, de modo que, no concurriendo circunstancias modificativas, no se encuentran motivos para rebajar la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, y, por otro lado, en la propia actitud de los acusados en el acto del juicio. Si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado hasta lo más evidente, y no hubieran obligado a hacer un juicio largísimo se justificaría que se les tratara con más magnanimidad. Pero si ellos no lo han tenido con la Administración de Justicia, ¿por qué esta la va a tener con ellos?... Con relación a la suspensión de la ejecución de la pena se puede argumentar que si se concediera la suspensión, la peligrosidad criminal de los acusados sería altísima, dado que en tal caso prácticamente sería como si se les absolviera: no tendrían que cumplir pena alguna ni pagar multa. Pero es que hay otros elementos que nos hacen optar también por la denegación de este beneficio: para ser merecedor de este beneficio, al menos este juzgador entiende, hay que ganárselo, hay que merecerlo, hay que demostrar cierto arrepentimiento, alguna forma de colaborar con la Administración de Justicia, que está gastando mucho tiempo y dinero

Tal sentencia fue recurrida en apelación y los recursos fueron denegados por la Audiencia Provincial de Murcia en la sentencia de 9 de julio de 2004. La sentencia se recurrió en amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. El TC admite y concede el amparo a los dos sujetos condenados por el Juzgado de Murcia por vulneración de los mencionados derechos afirmando que estos derechos constituyen garantías del genérico derecho de defensa del acusado quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser

34 SHÜNEMANN, Cuadernos CGPJ 8 (1991), 54; SANTANA VEGA, ADPCP 1994, 125; URIARTE VALIENTE, BMJ año 57, nº 1943, 2003, 1926; ANDRES IBÁÑEZ, Teoría&Derecho 2007-1, 14; CHOZAS ALONSO, biblio.juridicas.unam, p.341

forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable. Por ello considera el TC que la justificación de la pena impuesta en el hecho de que el acusado no se conformara con la pena solicitada por la acusación y negara los hechos más evidentes, resulta a todas luces manifiestamente irrazonable y constitucionalmente inadmisibles, por lesiva de los citados derechos fundamentales. En cuanto a la negativa de la suspensión de la ejecución de la pena, entiende el TC que fundamentar tal denegación en el ejercicio por el acusado de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, con la consiguiente falta de colaboración con la Administración de Justicia es a todas luces constitucionalmente inadmisibles y lesivo del contenido de dichos derechos fundamentales.

Por otra parte, tal y como está la actual regulación en nuestro país, no puede afirmarse que al imputado se le exija ningún tipo de comportamiento resocializador. Creo que en este punto conviene diferenciar el instituto de la conformidad de otras fórmulas de consenso como la conciliación o la mediación propias de la justicia restaurativa. En estas últimas la dinámica consiste en que el infractor y la víctima de manera voluntaria intercambian sus percepciones sobre los hechos, sus emociones en relación al mismo y plantean fórmulas de solución para paliar las consecuencias dañosas producidas. Desde la perspectiva de los procesos de mediación-conciliación se afirma el efecto de fomento de resocialización del sujeto por la incidencia positiva que puede producir en el desenvolvimiento futuro del infractor el contacto con la víctima y la percepción del daño sufrido por esta, así como la experiencia del sujeto de su propia capacidad para afrontar de forma pacífica una situación conflictiva<sup>35</sup>. Es evidente, sin embargo, que en la conformidad no se genera este proceso comunicativo entre infractor y víctima.

2) Por lo que se refiere a la más pronta reparación de la víctima, a la que aluden algunos autores<sup>36</sup>, tampoco creo que tal y como está nuestra actual regulación pueda afirmarse que con el principio de oportunidad se fomente la reparación más rápida de las víctimas. Primero porque no se exige como condición para la obtención de las posibles ventajas sobre la pena que el acusado repare efectivamente a la víctima. Así, en los procesos ordinarios, conforme al art. 695 LECrim se admite la posibilidad de que el acusado se conforme con la responsabilidad criminal pero no con la civil, en cuyo caso continuará el juicio ciñéndose únicamente a este extremo. En los procedimientos sumarios el art. 787 tampoco exige la reparación, y en los enjuiciamientos rápidos, conforme al art. 801.3 LECrim, para acordar, en su caso, la suspensión de la pena

35 GUADALUPE PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, 375 s.

36 DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, 1997, 229 ss., quien indica que para ello debería ser presupuesto ineludible para cualquier clase de acuerdo el que el acusado tuviera que reparar a la víctima; URIARTE VALIENTE, *BMJ* año 57, nº 1943, 2003, 1925; GIMENO SENDRA, *LLPenal 5 (2004)*, 8; MARTÍN DELPÓN, *AFD* 2011, 205; ARMENTA DEU, *Lecciones*, 7ª, 2013, 35.

privativa de libertad bastará con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que hubieran originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Debe indicarse que en este último caso el precepto no se opone a que el acusado, si fuera solvente, indemnice a la víctima de manera inmediata, pero permite que el juez fije un “plazo prudencial” que puede entrañar una moratoria para que obtenga la disponibilidad<sup>37</sup>.

A diferencia de la regulación actual, ya se ha visto más arriba que en la propuesta de reforma de la LECrim se introduce el archivo con condición. Este incluye la exigencia adicional de contar con el consentimiento de la víctima y con el compromiso expreso del penado de cumplir determinadas reglas de conducta que tienden en gran parte a la reparación de los perjuicios causados<sup>38</sup>.

En mi opinión en los procesos con conformidad la víctima sigue siendo, al igual que en el procesos sin ella, la gran olvidada. En los procesos con conformidad la víctima queda al margen, por lo que quiebran sus expectativas de justicia y su derecho a ser oídas<sup>39</sup>. En este punto debe resaltarse la diferencia con los procesos de justicia restaurativa. En estos procesos la víctima adquiere un papel más relevante. De entrada porque el proceso de comunicación y el acuerdo se debe dar entre el infractor y la víctima, por lo que de un papel puramente pasivo, la víctima adquiere un papel activo. Ello supone automáticamente una atención más directa de sus necesidades, tanto materiales como inmateriales, más allá de que efectivamente se produzca la reparación y de que esta tenga carácter material o no<sup>40</sup>.

---

37 GIMENO SENDRA, LLPenal 5 (2004), 13, este autor considera que esta disposición puede suponer un premio a quienes incumplan sus obligaciones de reparación. Ahora bien, reconoce que en caso de haber acusación particular, esta podrá exigir reparación inmediata, de manera que si no tiene seguridad de que se vaya a producir la reparación puede solicitar una pena superior a la que indica el art. 801 LECrim para poder ser aplicado (11). Este comportamiento por parte de la acusación particular no deja de ser, a mi modo de ver, una burda aplicación de la ley y confirma la falta de claridad con que la regulación trata la reparación a la víctima. Debe tenerse en cuenta además que muchas de las infracciones de bagatela se llevan a cabo precisamente por sujetos con baja capacidad económica que conlleva su declaración de insolvencia y la imposibilidad de reparar a la víctima (al menos económicamente). Así, Santana Vega, *ADPCP 1994*, p.117.

38 Se recoge en el art. 150 de la propuesta de reforma de la LECrim y entre las posibles obligaciones o reglas de conductas están la de indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada o la de dar al ofendido o al perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente.

39 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 56; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, 1994, 238; SANTANA VEGA, *ADPCP 1994*, p.121.

40 GUADALUPE PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal*, 2000, 387 s.; ETXEBERRIA ZARRABEITIA, “Justicia restaurativa y fines del Derecho penal”, en: *Olaizola Nogales/Francés Lecumberri (coords.), Jornadas de Justicia Restaurativa*, UPNa, Pamplona, 2011, (101-123) 116; MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, “La mediación penal en España: estado de la cuestión”, en *Martínez Escamilla/Sánchez Álvarez (coords.), Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, REUS, Zaragoza, 2011 (15-45), p.40.

### 3. Posibles riesgos de la conformidad

Los posibles riesgos de la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal han sido puestos de manifiesto de manera brillante por Schünemann, quien afirma que este principio pone en peligro garantías fundamentales del proceso<sup>41</sup>.

#### 3.1 Vulneración de la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE)

Conviene recordar que el principio de presunción de inocencia implica la práctica de las pruebas en el juicio oral. La conformidad supone, sin embargo, que los esfuerzos se dirijan a obtener una confesión del acusado que sustituya a la práctica total de las pruebas en el juicio oral. Se otorga a la confesión un valor sobredimensionado que sirve para dictar sentencia sin practicar más pruebas<sup>42</sup>.

La respuesta a esta objeción se argumenta indicando que el derecho a no declarar contra sí mismo no se vulnera puesto que nadie impone al acusado que se conforme, la normativa no obliga a conformarse con la pena más grave, sino que tal forma de ejercitar la defensa se presume utilizada consciente y libremente por el acusado. El derecho a no confesarse culpable no impide al acusado reconocer voluntariamente la comisión de los hechos delictivos. También se rechaza la vulneración de la presunción de inocencia alegando que la conformidad no supone una prueba de confesión o de autoinculpación, sino que su fundamento es la disposición del derecho de defensa de modo que, en ocasiones, pueda convenir a los intereses del reo adherirse a la acusación aceptando su calificación a fin de evitar los dudosos resultados del juicio oral que pudieran ser más gravosos con él<sup>43</sup>.

---

41 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, pp.49 y ss.

42 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 54; DE LA OLIVA SANTOS, *RGD 1992*, 9885 s.; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, 1994, 236; Santana Vega, *ADPCP 1994*, 126; ANDRÉS IBAÑEZ, *Teoría & Derecho 2007-1*, 23. Debe recordarse en este punto el art. 406 LECrim, conforme al cual la confesión del procesado no dispensa al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito, será aplicable con más motivo al juez de lo penal.

43 Ampliamente, DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, 1997, 191 ss.; GIMENO SENDRA, *LLPenal 5 (2004)*, 7; URIARTE VALIENTE, *BMJ año 57*, nº 1943, 2003, 1926. Interesante exposición con referencia bibliográfica amplia: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 35 ss. Se adhiere a un nuevo concepto de presunción de inocencia que no pasa tanto por una suerte de realidad procesal de un encausado todavía inocente, sino por la existencia misma del proceso. Es en la supervivencia del proceso como tal, donde el principio de presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento. Conforme a este concepto, entiende este autor que si bien se puede afirmar que la conformidad cierra el proceso ajeno a la presunción de inocencia en sentido tradicional, no se puede afirmar lo mismo en virtud de

Estoy más de acuerdo con la doctrina que sí ve riesgo de vulneración de estos principios. En primer lugar, porque, como se ha visto, no siempre el pacto vendrá conformado de manera completamente libre y consensuada, ajeno a presiones. Por otra parte, si bien puede entenderse la conformidad como una estrategia de defensa, ello no es óbice para afirmar que lleva aparejada un reconocimiento al menos implícito de los hechos, fundamento de la calificación jurídica y de la petición de la pena, que si formalmente no puede catalogarse como una confesión se asemeja mucho a ella y provoca que no se investigue y que no se practique la prueba. Ello contradice norma de que los hechos confesados deben probarse. Es claro que la confesión no tiene por qué responder a la realidad y además, el imputado es una parte más del proceso, no el objeto de la prueba. La confesión no deja de ser una prueba testifical más. Esto sin contar con el riesgo de que un sujeto inocente se declare culpable para conseguir una segura reducción de la pena y evitar la incertidumbre que un juicio puede suponer<sup>44</sup>.

### 3.2 Prioridad de la verdad formal frente a la verdad material

Otro peligro puede provenir del abandono del clásico objetivo del proceso penal de búsqueda de la verdad material y del consiguiente deber judicial de esclarecimiento de los hechos. Utilizo la distinción clásica aunque me adhiero a la doctrina que reconoce que la verdad material en sentido puro es una meta inalcanzable y que debemos conformarnos con la verdad forense. Una verdad forense propia de un proceso penal con todas las garantías constitucionales<sup>45</sup> y que, por tanto, no coincide con la verdad formal. En nuestro sistema la confesión del acusado no supone *per se* prueba de culpabilidad y el juez practica personalmente la prueba en la vista pública, pudiendo de oficio proponer y practicar medios de prueba todo con el objetivo de esclarecer los hechos y acercarse al máximo a la verdad material (o forense). Pues bien, la utilización de acuerdos con el fin precisamente de acortar el proceso puede resultar difícil de compaginar con estos principios fundamentales, puesto que se sustituye el esclarecimiento de los hechos por el juez, es decir la realización de la prueba completa en el juicio oral por la aceptación del resultado de la instrucción por el acusado<sup>46</sup>. Debe tenerse en cuenta que la instrucción vendrá conformada por los informes y

---

este nuevo concepto, porque el proceso, que estaba en el aire, es cerrado por la conformidad de las partes y ello es perfectamente lícito (75).

44 En este sentido, SANTANA VEGA, ADPCP 1994, 119.

45 Ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, 69 ss.

46 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 54; DE LA OLIVA SANTOS, *RGD 1992*, 9885; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, 1994, 238 s; SANTANA VEGA, ADPCP 1994, 124; CHOZAS ALONSO, *biblio. juridicas.unam*, 341;

declaraciones en buena parte policiales a los que se les da de este modo un valor excesivo y no se reflejará la visión crítica del acusado<sup>47</sup>.

### 3.3 Vulneración del principio de igualdad

A lo largo del trabajo ya he hecho referencia en varias ocasiones al posible peligro que la introducción del principio de oportunidad puede traer a la igualdad entre las partes.

Afirman algunos autores que la igualdad entre las partes defendida teóricamente no se produce en la realidad del proceso penal actual, sino que lo que hay es un “robo del conflicto” por parte del Estado que se subroga en los intereses de la víctima e impone coercitivamente a las partes, y en especial al acusado, las reglas del juego procesal dando lugar a un proceso asimétrico en cuanto a la igualdad entre partes y patológico en cuanto a que se adulteran las relaciones interactivas entre aquellas<sup>48</sup>. Si bien puede haber cierta parte de verdad en estas afirmaciones, creo que debe insistirse, en primer lugar, en que el conflicto penal no es un conflicto que afecte sólo al agresor y a su víctima, sino que trasciende a ellos y tienen un claro interés público. Por ello, no puede hablarse de “robo de conflicto” porque el conflicto no pertenece en exclusiva a las partes. El Estado se erige entonces en representante de la sociedad. En segundo lugar ya se ha visto que el principio de oportunidad no siempre fomenta un acuerdo entre partes en igualdad de condiciones y como ya se ha señalado, la víctima no tiene un papel activo con las fórmulas de oportunidad actualmente reguladas. Pero además de la posible vulneración entre las partes, se puede afirmar, en tercer lugar, que la discrecionalidad otorgada al Ministerio Fiscal puede generar la desigualdad entre casos análogos tanto en cuanto al tratamiento de los mismos como en cuanto a las consecuencias penales<sup>49</sup>. Si bien es cierto que estos peligros serán tanto menores cuanto más se tasan las condiciones de ejercicio del principio de oportunidad<sup>50</sup>.

---

47 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, p.56.

48 VIVES ANTÓN, PJ nº *Especial II*, 1988, 110; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *LH-Beristain*, 1989, p.1017.

49 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 55 s; DE LA OLIVA SANTOS, RGD 1992, 9885; SANTANA VEGA, *ADPCP 1994*, 128; CHOZAS ALONSO, *biblio.juridicas.unam*, 341; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La reparación o tercer vía (trabajo aún inédito)*, 2003.

50 CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, 2005, 123; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La reparación o tercer vía (trabajo aún inédito)*, 2003. Un ejemplo de ello puede verse en la propuesta de reforma de la LECrim cuando en su art. 148 indica que el Fiscal General del Estado dictará las Circulares e Instrucciones generales que sean necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio del principio de oportunidad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad. La cuestión es si este precepto es suficiente.

### 3. 4 Vulneración de las exigencias de seguridad jurídica

En la medida en que la no aplicación de la sanción penal se haga depender de conceptos extrajurídicos que nada o poco tengan que ver con el Derecho penal material y cuya concreción necesite de criterios de dirección y orientación política se podrá hablar de un peligro para la seguridad jurídica que puede traer como consecuencia la toma de decisiones arbitrarias<sup>51</sup>. Estoy de acuerdo con Santana Vega cuando afirma que de poco sirve que de las sucesivas reformas penales se vayan suprimiendo los conceptos jurídicos indeterminados (honestidad, buenas costumbres...) si estos son reemplazados por otros nuevos en las normas procesales introductorias del principio de oportunidad, tales como: "interés nacional", "falta de interés público", "injusticia obvia", que llevan a una administrativización peligrosa del Derecho penal y a una situación de incertidumbre al infractor que dependerá más de las pautas señaladas en cada fiscalía que de lo preceptuado en la ley penal<sup>52</sup>.

Otros posibles riesgos que por razones de espacio solo nombraré, pero que resultan obvios, son aquellos que tienen que ver con las vulneraciones del principio de publicidad, oralidad o contradicción, puesto que la introducción del principio de oportunidad lleva aparejada la desaparición del juicio oral<sup>53</sup>.

## 4. Conclusiones

A lo largo del estudio se ha podido comprobar cómo las posibles ventajas que puede conllevar la introducción del principio de oportunidad no están claras y que, sin embargo, en mi opinión, dicha incorporación sí que trae aparejados riesgos serios. La supuesta modernización del proceso penal puede pasar por una disminución clara de sus garantías. No obstante, como he dicho al comienzo de este trabajo, las fórmulas de oportunidad son una práctica cada vez más utilizada y ante esta realidad se puede adoptar dos posiciones. Bien rechazar cualquier manifestación del principio

---

51 CONTRERA ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, 2005, 71 ss. Este autor pone como ejemplo la regulación alemana, concretamente el § 153 StPO que hace depender el sobreseimiento y en su caso la persecución penal de la concurrencia o inexistencia de "interés público en la persecución" o de un "grave perjuicio para la República Federal de Alemania". Siguiendo precisamente esta regulación alemana, la propuesta de reforma de la LECrim. en su art. 155 regula la posibilidad de que el Fiscal General del Estado pueda decretar el archivo total o parcial de cualquier procedimiento cuando la continuación del mismo pueda suponer un grave riesgo para "la seguridad nacional" o cuando la persona investigada haya contribuido a impedir un grave daño "para la seguridad nacional o para el orden constitucional" o cuando la continuación del procedimiento pueda suponer un grave daño "para relaciones de España con otro Estado soberano".

52 SANTANA VEGA, *ADPCP 1994*, 130 s.

53 SCHÜNEMANN, *Cuadernos CGPJ 8 (1991)*, 55 s; DE LA OLIVA SANTOS, *RGD 1992*, 9885; SANTANA VEGA, *ADPCP 1994*, 127; CHOZAS ALONSO, *biblio.juridicas.unam*, 341.

de oportunidad, aludiendo a los riesgos que conlleva, lo que posiblemente no impida que se aplique, pero de manera subrepticia, o bien intentar regular dichas fórmulas, estableciendo límites y, sobre todo, reforzando el control judicial de estas prácticas. Por razones de espacio no puedo detenerme en el análisis de cuál sería la regulación idónea, pero creo que la solución debe ir por ese camino<sup>54</sup>. Dejo para un futuro trabajo el estudio de dichos límites, así como la comprobación de si tanto la actual regulación, como la reforma propuesta de la LECrim va en este sentido o no. También para un futuro trabajo dejo el análisis de otras manifestaciones del principio de oportunidad, aquellas que están relacionadas con la Justicia restaurativa, porque en la propuesta de reforma de la LECrim también se regula expresamente la mediación y será importante comprobar si también esta adolece de los mismos riesgos.

## Bibliografía

- ARMENTA DEU, TERESA, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ARMENTA DEU, TERESA, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- BARONA VILAR, SILVIA, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, "Hacia un nuevo proceso penal (Investigación y juicio de acusación)", en: *Estudios Penales y Criminológicos 2009*, (207-269).
- CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, "La "conformidad" en el proceso penal español", en: *biblio. juridicas.unam*, (326-342).
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, "Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal", en: *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, (1009-1023).
- CONTRERAS ALFARO, LUIS H., *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- DE DIEGO DíEZ, LUIS ALFREDO, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, "Disponibilidad el objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal", en: *Revista General de Derecho*, 1992, (9853-9903).
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *La reparación o tercera vía* (trabajo aún inédito), 2003.
- ETXEBERRIA ZARRABEITIA, "Justicia restaurativa y fines del Derecho penal", en: *Olaizola Nogales/Francés Lecumberri (coords.)*, *Jornadas de Justicia Restaurativa*, UPNa, Pamplona, 2011, (101-123).

54 Sobre posibles límites, VIVES ANTÓN, *PJ nº Especial II*, 1988, 109; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *LH-Beristain*, 1989, 1021; CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, 2005, pp.123 y ss.

- GIMENO SENDRA, VICENTE, "La conformidad premiada de los juicios rápidos", en: *La Ley Penal 5 (2004)*, (5-14).
- IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, "El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal", en: *Teoría & Derecho ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007-1, (10-27).
- MARTÍN DELPÓN, JOSÉ LUIS, "El principio de oportunidad. Análisis de derecho comparado", en: *Anales de de la Facultad de Derecho*, 2011, (187-206).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA "La mediación penal en España: estado de la cuestión", en *Martínez Escamilla/Sánchez Álvarez (coords.), Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, REUS, Zaragoza, 2011 (15-45).
- OLAIZOLA NOGALES, INÉS/ BARBER BURUSCO, SOLEDAD / JERICÓ OJER, LETICIA / FRANCÉS LECUMBERRI, PAZ, "La justicia de menores en Navarra: seis años de actividad (2005-2010)", en: *Revista Jurídica de Navarra 53-54 (2012)*, (11-69),
- PÉREZ SANZBERRO, GUADALUPE, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN/ SANTOS ITOIZ, EDUARDO, "La derogación de las faltas en el Anteproyecto de reforma del Código Penal", en, <http://libros.otroderechopenal.com/DerogacionFaltas.pdf>.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, "Principio de oportunidad y sistema penal", en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1994, (105-136).
- SCHÜNEMANN, BERND, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", (Traducción de Silvina Bacigalupo), en: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 8 (1991).
- URIARTE VALLIENTE, LUIS MARÍA, "La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002", en: *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, nº 1943, 2003 (1921-1970).
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: *Poder Judicial nº Especial II*, 1988, (93-128).